This is a reproduction of a library book that was digitized by Google as part of an ongoing effort to preserve the information in books and make it universally accessible.

Google books

https://books.google.com

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

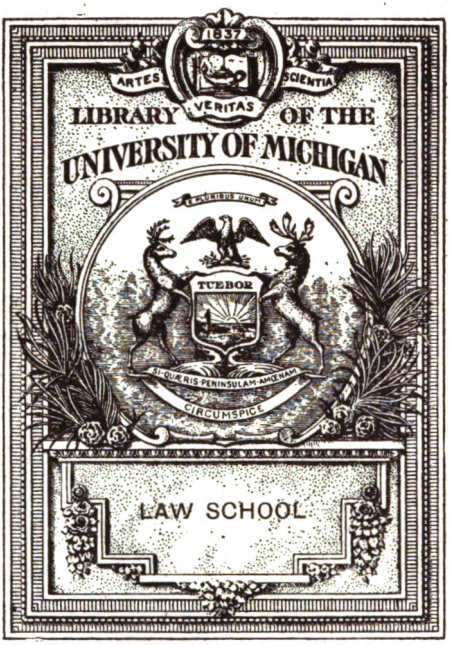
+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

Digitized by Google

Coll. complete
K21 .C725x



Digitized by Google

FL2
R46
C934
Stor
A3837

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

Digitized by Google

PARIS. — IMPRIMERIE V. PICRON, 282, RUE SAINT-JACQUES, & 24, RUE SOUFFLOT.

Digitized by Google

UNIV. OF MICH. LAW LIBRARY

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

LEON AUCOC
Ancien président de section au Conseil d'État, Membre de l'Institut.

C. ACCARIAS
Inspecteur général honoraire des Facultés de droit, Profess. à la Faculté de droit de Paris.

CH. LYON-CAEN
Professeur à la Faculté de droit de Paris et à l'École des Sciences politiques.

AVEC LE CONCOURS DE MM.

GABRIEL DEMANTE, professeur à la Faculté de droit de Paris ;
ALBERT DESJARDINS, membre de l'Institut, professeur à la Faculté de droit de Paris ;
E. GLASSON, membre de l'Institut, professeur à la Faculté de droit de Paris ;
LABBÉ, professeur à la Faculté de droit de Paris ;
ED. LAFERRIÈRE, vice-président du Conseil d'État ;
L. RENAULT, professeur à la Faculté de droit de Paris.

ET DE MM.

BREMOND, professeur à la Faculté de droit de Montpellier ; CABOUAT, professeur à la Faculté de droit de Caen ; CHAUSSE, professeur agrégé à la Faculté de droit de Montpellier ; G. DEBACQ, avocat à la Cour d'appel de Paris ; GARDEIL, professeur à la Faculté de droit de Nancy ; G. LEBRET, professeur à la Faculté de droit de Caen ; LOUIS-LUCAS, professeur agrégé à la Faculté de droit de Dijon ; CH. MASSIGLI, professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris ; MONGIN, professeur à la Faculté de droit de Dijon ; H. MONNIER, professeur adjoint à la Faculté de droit de Bordeaux ; PASCAUD, conseiller à la Cour d'appel de Chambéry ; PLANIOL, professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris ; CH. TESTOUD, professeur à la Faculté de droit de Grenoble ; WALLON, professeur à la Faculté de droit de Toulouse ; WEISS, professeur agrégé à la Faculté de droit de Dijon.

47467

XXXIXe ANNÉE

Nouvelle série. — TOME XIX.

PARIS

LIBRAIRIE COTILLON

F. PICHON, Sr, ÉDITEUR, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT,

24, rue Soufflot, 24

1890

Digitized by Google

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE CIVILE

Successions. — Donations. — Testaments.

(Arrêts publiés en 1889).

Par M. J. Charmont, professeur à la Faculté de droit de Montpellier.

Les décisions que nous avons recueillies se rapportent plus spécialement à l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, à l'effet déclaratif du partage, aux conditions de validité de certaines donations déguisées, aux conséquences de la nullité du partage d'ascendant.

Acceptation bénéficiaire. — Vente des immeubles. — Droits des créanciers et de l'héritier. (Orléans, 18 mai 1888, S. 89. 2. 123. D. 89. 2. 205).

Un arrêt de la Cour d'Orléans a appelé de nouveau l'attention sur les conflits qui peuvent s'élever, au cours de la liquidation d'une succession bénéficiaire, entre le droit de l'héritier et celui des créanciers héréditaires. L'héritier qui accepte sous bénéfice d'inventaire a qualité pour administrer et liquider la succession : les art. 805 et 806 du Code civ. indiquent notamment les formalités selon lesquelles il sera procédé par lui à la vente des meubles et des immeubles. Mais peut-on dire que ces pouvoirs font obstacle au droit de poursuite des créanciers?

On l'a soutenu en effet, à une certaine époque, et cette opinion a même été pendant quelque temps consacrée par la jurisprudence. C'est ainsi qu'en 1822 la Cour de cassation décidait que la vente des immeubles dépendant d'une succession bénéficiaire ne pouvait être poursuivie que par l'héritier [1]. Pour appuyer cette solution, on invoquait d'abord la nature du droit de l'héritier bénéficiaire : ce n'est pas véritablement un héritier, c'est-à-dire un continuateur, un représentant du défunt, c'est une sorte de syndic, de mandataire des créanciers, l'administrateur d'un

[1] Cass., 22 décembre 1822. D. *Répertoire*, v° *Succession*, n° 859.

Digitized by Google

patrimoine qu'il doit liquider dans leur intérêt et qu'il ne peut pas s'approprier. Les art. 805 et suivants, en se préoccupant de régler l'étendue de ses pouvoirs, le mode des paiements des créanciers et des légataires, montrent bien que lui seul est chargé de cette liquidation. En même temps, on s'efforçait d'assimiler l'acceptation bénéficiaire à la faillite : l'une et l'autre limitent le gage des créanciers et font présumer l'insolvabilité du débiteur. Partant de cette idée, l'art. 2146, C. civ., enlève tout effet aux inscriptions hypothécaires prises après l'ouverture d'une succession bénéficiaire ou la déclaration de faillite. N'est-ce pas décider implicitement qu'en pareils cas toutes les poursuites individuelles sont suspendues?

Aujourd'hui cette interprétation paraît tout à fait abandonnée. Il n'est pas nécessaire en effet d'étudier longuement les effets du bénéfice d'inventaire pour apercevoir que ces effets ne peuvent pas se rattacher à une idée unique. L'héritier bénéficiaire n'est pas seulement considéré comme le représentant de l'intérêt des créanciers; il agit aussi dans son propre intérêt. La loi le charge d'administrer la succession et lui donne les pouvoirs nécessaires pour la liquider : mais elle ne l'oblige pas à procéder lui-même à cette liquidation; elle se borne à le lui permettre. On ne peut donc pas dire que le droit de poursuite des créanciers sera forcément inutile. Aucun texte en tout cas ne le leur enlève, aucune disposition ne leur interdit d'exercer, après la mort de leur débiteur, les droits qu'ils avaient pendant sa vie. L'art. 2146, en défendant de prendre inscription après l'ouverture d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire, veut empêcher que certains créanciers ne se créent un titre de préférence au détriment des autres. Mais limiter leur droit dans une hypothèse déterminée, ce n'est pas le supprimer dans toutes les autres.

On est donc ainsi amené à reconnaître que les créanciers et l'héritier bénéficiaire ont également le droit de faire vendre les biens dont se compose la succession. Mais alors, à quelles difficultés n'est-on pas exposé? L'affaire à l'occasion de laquelle a été rendu l'arrêt dont nous nous occupons va nous en fournir un exemple.

Un héritier, après avoir fait acceptation sous bénéfice d'inven-

Digitized by Google

taire demande au tribunal, conformément à l'art. 806, l'autorisation d'aliéner un des immeubles de la succession : le tribunal autorise et détermine les formes de cette aliénation. Postérieurement au jugement, un créancier muni d'un titre exécutoire adresse à l'héritier un commandement à fin de saisie immobilière et dans les délais voulus il fait pratiquer la saisie. L'héritier fait opposition et demande la discontinuation des poursuites. Le tribunal appelé à statuer sur cette demande déclare que le jugement, qui a autorisé l'héritier à procéder à la vente, n'a pas enlevé au créancier son droit d'agir. La saisie a donc été faite régulièrement et doit pouvoir suivre son cours. Les deux procédures commencées vont se poursuivre concurremment. A quel résultat conduira cette double poursuite? Le jugement reste muet sur ce point. L'immeuble pourra-t-il être vendu deux fois, sauf à décider qu'entre les acquéreurs celui-là sera préféré, qui aura fait transcrire le premier? La question souleverait à coup sûr bien des difficultés. Mais, ce qui tout au moins semble hors de doute, puisque les deux poursuites sont reconnues régulières, c'est que tous les frais qu'elles entraîneront pourront être recouvrés sur l'actif de la succession. Ainsi, sans parler des complications auxquelles cette procédure va donner lieu, on voit déjà toutes les conséquences lamentables de cette liquidation.

Saisie par un appel de l'héritier, la Cour d'Orléans n'a pas cru pouvoir adopter un parti si fâcheux. Elle reconnaît cependant « que le créancier et l'héritier bénéficiaire ont un droit concurrent; qu'aucun texte de loi n'a établi de préférence en faveur de l'un ou de l'autre. » Mais elle ajoute qu' « en cas de conflit entre eux pour l'exercice de ce droit, il appartient au tribunal d'attribuer la réalisation des immeubles à l'un ou à l'autre, suivant les circonstances, en se déterminant par l'intérêt bien entendu des parties. » Et, dans l'espèce, considérant que la vente poursuivie à la requête de l'héritier est celle qui présente le plus d'avantages, l'arrêt déclare « les poursuites des créanciers saisissants tardives, sans intérêt pour eux et pour la masse, et inopportunes. »

Si l'on tient compte des intérêts qui sont en jeu, la décision paraît évidemment heureuse : mais peut-on dire qu'en la pre-

Digitized by Google

nant la Cour n'a pas outrepassé son droit? N'a-t-elle pas complété la loi au lieu de l'appliquer? Nous ne le croyons pas. Il semble cependant qu'après avoir constaté la légitimité des prétentions qui se trouvaient en conflit l'arrêt ne pouvait en sacrifier aucune : s'il a fait une préférence, comment peut-elle se justifier? Par une raison très simple, à laquelle il est fait allusion, mais qui n'apparaît pas nettement [1]. Cette raison, c'est qu'il ne suffit pas d'avoir un droit pour pouvoir intenter une action. Il faut encore avoir un intérêt[2] : or on constate ici que les créanciers n'en ont pas. Si au contraire, l'héritier n'avait pas déjà pris l'initiative de poursuivre la vente, en ce cas, ils seraient intéressés à agir et rien n'entraverait l'exercice de leur droit.

On peut ainsi très légalement atténuer autant que possible les inconvénients du régime actuel, et par suite attendre plus patiemment l'intervention du législateur et la réorganisation du bénéfice d'inventaire que l'on a souvent réclamée.

Effet déclaratif du partage. (Cass., 14 décembre 1887, S. 89. 1. 193; Toulouse, 30 juillet 1888, S. 89. 2. 99; Dijon, 20 mars 1889, S. 89. 2. 179).

On sait qu'aux termes de l'art. 883, C. civ., le partage dans notre droit est déclaratif de propriété, c'est-à-dire qu'il ne confère pas un droit nouveau : il ne fait que constater et reconnaître un droit préexistant. L'histoire de ce principe a tout particulièrement retenu l'attention des juristes : elle permet d'observer en effet les transformations successives d'une institution déviant de son but primitif, servant à des usages nouveaux, subsistant et continuant à se développer lorsque la cause qui l'a fait naître a depuis longtemps disparu. Simple expédient imaginé par les légistes pour permettre de sortir de l'indivision sans payer d'impôt, la maxime que le partage est déclaratif est devenue une des règles les plus importantes du droit privé. En même temps l'exemption d'impôt accordée par le droit ancien a presque entièrement disparu. La théorie de la déclarativité du partage n'a plus aujourd'hui d'intérêt sérieux qu'en droit civil : elle y a acquis toute l'importance

[1] On la trouvera indiquée dans Laurent, *Principes de droit civil*, t. X, p. 166.

[2] V. sur ce point Garsonnet, *Cours de procédure*, t. Ier, § 118, p. 470.

Digitized by Google

qu'elle a perdue en droit fiscal. Il s'est trouvé, en effet, qu'elle présentait de nombreux avantages, que nul à l'origine n'apercevait. Elle entraîne notamment la résolution de toutes les hypothèques et des autres droits réels consentis pendant l'indivision par un des copartageants sur des biens que le partage place ensuite dans le lot d'un autre. Par suite elle prévient les recours entre cohéritiers et assure la stabilité du partage.

En dégageant toutes les conséquences de la règle on essayait aussi de la justifier. Après l'avoir acceptée d'abord comme une pure fiction, on s'ingénia ; on trouva qu'elle paraîtrait tout à fait rationnelle si l'on voulait seulement considérer que durant l'indivision chacun des cohéritiers est en réalité propriétaire sous condition suspensive des biens qui seront placés dans son lot, et sous condition résolutoire des biens qui seront compris dans le lot de ses cohéritiers. Par l'effet du partage cette condition se réalise, et, comme toute condition accomplie, elle rétroagit. Ainsi l'effet déclaratif n'est plus qu'une application du droit commun.

Toutes ces considérations portaient à étendre singulièrement la portée du principe : elles ne laissèrent pas que d'influencer la jurisprudence, qui de plus en plus se montra favorable à cette extension.

Mais voici que précisément l'année qui vient de s'écouler a marqué dans cette voie un retour en arrière : un arrêt de la Chambre civile du 14 décembre 1887 (S. 89. 1. 193) s'est inspiré d'un esprit entièrement différent et a écarté contrairement aux précédents toute application de l'art. 883 dans l'hypothèse importante dont nous allons parler.

Une société a été constituée entre plusieurs personnes pour l'achat et la revente d'un immeuble. Pendant la durée de la société, des hypothèques ont été constituées sur l'immeuble indivis par l'un des copropriétaires, ou plus exactement des jugements de condamnation emportant hypothèque judiciaire ont été rendus contre lui. Plusieurs parties du domaine grevé de ces hypothèques ont été ultérieurement vendues et achetée par des tiers. Enfin un moment est venu où il a dû être procédé à la liquidation de la société et au règlement des comptes entre les associés. Cette liquidation et ce règlement ont démontré que l'un d'eux,

Digitized by Google

contre qui précisément aucune hypothèque n'avait été prise, était créancier de tous les autres. Une difficulté s'est alors élevée. Devait-on, pour couvrir cet associé de ses reprises, lui attribuer exclusivement le prix provenant de la vente des parcelles détachées? Les créanciers hypothécaires de l'un des autres associés ne pouvaient-ils pas s'opposer à cette distribution et soutenir que les portions aliénées ayant été acquises par un tiers restaient grevées de leurs hypothèques dans la mesure où leur débiteur en avait été propriétaire, et qu'ainsi leurs droits pouvaient s'exercer sur une partie du prix? Telle est la question sur laquelle a statué l'arrêt de la chambre civile du 14 décembre 1887.

Plusieurs fois déjà cette question s'était présentée. Soit à l'occasion d'une communauté dissoute, soit à la suite du partage d'une succession, des conflits de même nature s'étaient élevés entre l'un des copartageants créancier des autres et les créanciers hypothécaires de ceux-ci, et toujours la jurisprudence avait fait prévaloir le droit du premier. M. Labbé, dans une savante dissertation publié par le recueil de Sirey[1], a tracé l'historique de cette jurisprudence; avec l'art infini qui lui permet de suivre dans une longue suite d'arrêts le lien qui les unit, il a montré que « nous étions en présence d'une théorie savamment combinée, maintenue avec persévérance depuis 1834 et à l'établissement de laquelle ont concouru deux chambres de la Cour de cassation et plusieurs Cours d'appel. » Cette théorie découle d'une large interprétation de l'art. 883 : le principe édicté par cet article n'est pas seulement destiné à assurer la stabilité du partage, il doit permettre de garantir à chaque copartageant l'intégralité de ses droits.

C'est ce système que vient d'abandonner le dernier arrêt de la Cour de cassation. Cet arrêt tranche en effet dans un sens défavorable à l'associé créancier des autres la difficulté que nous avons fait connaître. Il admet que les créanciers hypothécaires d'un autre associé conservent leurs hypothèques sur la portion du prix représentant la part qu'avait leur débiteur dans la propriété indivise. Deux raisons sont invoquées pour appuyer cette solution.

[1] Sous l'arrêt du 14 décembre 1887, S. 1889. 1. 193.

Digitized by Google

L'hypothèque continue, dit-on, à frapper les biens aliénés parce que ces biens n'ont pas fait l'objet d'un partage, mais d'une véritable vente. Ces biens en effet ont été acquis par un étranger, lequel ne peut se prévaloir d'aucun droit antérieur à son acquisition et doit être par conséquent considéré comme un acheteur. La licitation n'est assimilée au partage que lorsqu'elle est tranchée au profit d'un cohéritier : c'est dans ce cas seulement que l'article 883 peut être appliqué; mais on a toujours reconnu qu'il ne devait pas l'être lorsque l'acquéreur était un tiers.

On ajoute que par l'effet de la vente le droit des acquéreurs s'est transporté de la chose sur le prix : ils ont droit au prix dans la mesure où ils avaient droit à la chose elle-même. Conformément au principe posé par l'art. 1220, C. civ., cette action en paiement se divise entre eux de plein droit. Si parmi ses covendeurs l'un se reconnaissant débiteur de l'autre abandonne la part à laquelle il pourrait prétendre, cette convention constitue non pas un acte de partage mais purement et simplement une cession de créance.

De ces deux arguments le premier, croyons-nous, n'est pas tout à fait exempt de confusion. Il ne s'agit pas de savoir, en effet, quel est le caractère de l'aliénation au regard de l'acquéreur : nous admettons très bien que cet acquéreur, qui tire tous ses droits du contrat, ne sera considéré que comme un acheteur. L'art. 883 dit expressément que chaque copartageant est censé avoir toujours été propriétaire des biens mis dans son lot : l'adjudicataire étranger n'est pas un copartageant; l'article ne peut donc pas lui être appliqué. Mais pourquoi ne le serait-il pas à ceux qui ont procédé à cette licitation? Entre eux qu'ont-ils voulu faire sinon préparer et faciliter leur partage? Pour que ce partage pût s'effectuer, il fallait d'abord déterminer avec précision leurs droits respectifs. Si cette liquidation aboutit à démontrer que l'un des associés a fourni plus que les autres, il devra également recevoir en partage une part plus forte. Et s'il se trouve que cet associé a supporté seul tous les frais de l'association, et que ces frais ne sont pas inférieurs à l'actif réalisé, cet actif doit lui être attribué tout entier.

On oppose, il est vrai, qu'il y a dans cette opération autre

Digitized by Google

chose qu'un partage. On allègue que, les prix de vente s'étant divisés de plein droit entre les copropriétaires, chacun d'eux, conformément à l'art. 1220, est devenu créancier d'une part déterminée du prix. A cette objection nous pourrions répondre comme le faisait la Cour de cassation lorsqu'elle consacrait le système qu'elle condamne aujourd'hui. On lit en effet dans un arrêt du 22 février 1881 (S. 84. 1. 117), que l'art. 1220, qui pose le principe de la division des créances et des dettes « règle les relations des héritiers avec les débiteurs et les créanciers de la succession et non avec les créanciers de leurs cohéritiers. » Mais nous aimons mieux reconnaître que cette réponse n'est pas absolument satisfaisante. Car il n'est pas besoin d'invoquer l'art. 1220, pour soutenir qu'au cas où plusieurs personnes concourent à la vente d'une même chose, le droit au paiement du prix de divise entre elles. Cette division résulte suffisamment des principes généraux : en effet, lorsqu'une obligation est susceptible d'une exécution partielle offrant des avantages proportionnés à ceux de l'exécution totale, s'il y a plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs, il est de règle que chaque créancier ne peut exiger que sa part, chaque débiteur ne peut être tenu au delà de la sienne. Nous admettons donc, lorsqu'une vente est faite par plusieurs, que chacun des vendeurs a sur le prix un droit proportionné à celui qu'il avait sur la chose. Mais cela même implique que le droit sur la chose est d'ores et déjà déterminé. Si au moment de la vente on ignore quelle est l'étendue du droit de chacun sur la chose, on ignore également dans quelle mesure chacun est créancier du prix. Il faut pour être fixé sur ce point attendre qu'une liquidation ait été faite. Si cette liquidation fait apparaître le droit exclusif de l'un des associés, celui-là seul sera réputé vendeur et créancier du prix. Dès lors, les hypothèques qu'il a constituées subsistent seules ; toutes celles qui sont nées du chef de ses cohéritiers disparaissent.

Nous croyons donc que l'application en pareille hypothèse du principe de la déclarativité du partage ne présente rien d'excessif ni de contraire aux textes. Il nous reste à nous demander ce que cette solution peut valoir en pratique, quels sont ses avantages et ses inconvénients.

Digitized by Google

Les avantages apparaissent aisément. On reconnaîtra bien, en effet, si l'on recherche quel est le but du partage, qu'en définitive il doit aboutir à garantir à chacun la part entière qui lui revient. On atteindra ce résultat en décidant que dans tous les cas chaque copartageant, soit qu'il obtienne sa part en nature, soit qu'à la suite d'une licitation il en réclame le prix, n'est jamais l'ayant-cause des autres et n'a nullement à se préoccuper des engagements qu'ils ont pu prendre. Ainsi les droits individuels, que va faire naître la cessation de l'indivision, sont assurés par avance et mis à l'abri de toute atteinte : aucun acte de disposition consenti par un autre que celui à qui ces droits seront reconnus ne peut avoir pour effet de les compromettre.

Mais voyons maintenant les conséquences fâcheuses du système que nous essayons d'apprécier.

On lui reproche de sacrifier à la sécurité du partage les droits justement acquis par certains créanciers des copartageants, et aussi de méconnaître dans une certaine mesure l'intérêt légitime de l'adjudicataire des biens licités.

Lorsqu'on adjuge, à l'un des copartageants la totalité du prix provenant de la licitation d'un immeuble hypothéqué par un autre copartageant, on crée arbitrairement dit-on, une sorte de privilège au profit du premier. Quelle est en effet sa situation? S'il invoque son droit originaire de copropriété, il ne peut réclamer qu'une partie du prix, puisque son droit ne portait que sur une partie de la chose. Mais, s'il prétend en outre avoir des reprises à exercer, des réclamations à faire valoir, il agit alors comme créancier de ses copartageants, et en cette qualité, il doit subir l'application du droit commun, c'est-à-dire laisser passer avant lui les autres créanciers munis d'un droit de préférence et venir en concours avec ceux qui sont simplement chirographaires. Par conséquent, loin de primer dans la distribution du prix les créanciers hypothécaires, il ne peut venir qu'après eux.

Cette analyse peut être spécieuse; nous ne croyons pas cependant qu'elle soit exacte. Elle fausse en effet le résultat du partage, elle en méconnaît le caractère, en voulant distinguer dans cet acte unique une série d'opérations indépendantes. Le partage doit être nécessairement considéré comme indivisible. Peut-on

Digitized by Google

dire que l'on a véritablement déterminé la part de chacun lorsqu'on a simplement délimité ses droits sans tenir compte de ses obligations? Est-ce que pour être sincère le partage ne doit pas être précédé d'une liquidation, d'un règlement de compte entre les associés ou les cohéritiers ? La jurisprudence ne s'inspire pas d'une autre idée en admettant, lorsqu'il y a lieu au rapport des dettes, que les cohéritiers auxquels ce rapport est dû peuvent se payer par un prélèvement sur la masse commune, et doivent être sur cette masse préférés à tous les créanciers du successible débiteur[1]. Nous sommes donc autorisés à dire que pour préciser le droit des copartageants et par suite ceux de leurs créanciers, il faut attendre le dernier résultat du partage. Pendant la durée de l'indivision, les copropriétaires peuvent évidemment disposer de leurs droits; mais les acquéreurs ou les créanciers qui traitent avec l'un d'entre eux savent à quoi ils s'exposent. Ils ne peuvent avoir la prétention de se faire une situation meilleure que celle de leur auteur : ainsi le sort de leur convention reste subordonné à toutes les éventualités du partage. Tout ce qu'ils peuvent exiger, c'est que ce partage se fasse loyalement, et contre la fraude l'art. 882, C. civ., les protège en leur permettant de faire opposition à ce qu'il soit procédé hors de leur présence. Mais tout s'étant passé régulièrement, s'il se trouve que le bien hypothéqué par un héritier tombe dans le lot d'un autre, ou que cet héritier étant en même temps débiteur de la succession ne peut réclamer aucune part de l'actif, ses créanciers qui ont traité à leurs risques et périls ne peuvent se plaindre. Leur débiteur en effet n'a pu disposer en leur faveur du droit d'autrui.

Si le sort des créanciers ne nous semble pas autrement digne d'intérêt, ne faut-il pas du moins considérer avec plus d'attention celui de l'adjudicataire des biens hypothéqués durant l'indivision? Dans un examen de jurisprudence déjà ancien[2] M. Colmet de Santerre faisait remarquer que cet adjudicataire serait lésé, s'il était obligé d'attendre la réalisation du partage pour savoir quelles sont les charges réelles qui subsistent sur son immeuble. Comment, en effet, pourra-t-il procéder aux formalités de la

[1] V. notamment l'arrêt de la Cour de cassation du 7 juin 1887, S. 88. 1. 5.

[2] *Revue critique*, t. XXIV, années 1864, p. 492.

Digitized by Google

purge, s'il ne sait pas à quels créanciers il doit notifier son titre? Il faut reconnaître que si le partage n'est pas achevé immédiatement après l'aliénation, ce retard peut avoir pour l'acquéreur quelque chose de fâcheux. Mais il ne faut pas oublier qu'il a toujours le droit d'agir en garantie contre ses vendeurs. En outre, le léger inconvénient auquel il est exposé peut être compensé par un double avantage. Si le partage attribue la totalité du prix de vente à celui des copartageants qui n'a pas constitué d'hypothèque, comme les créanciers des autres copartageants perdent leurs droits, ils doivent donner mainlevée de leurs inscriptions. Par conséquent l'adjudicataire n'a pas besoin de recourir à la procédure de la purge et n'a plus à craindre de surenchère.

Ainsi nous arrivons à cette conclusion qu'il n'y a pas désaccord entre les principes théoriques et les considérations d'équité et d'utilité pratique : les uns et les autres conduisent à la même solution. En la condamnant, la Cour de cassation a soulevé du reste une assez vive opposition. Deux Cours d'appel appelées à statuer de nouveau sur la question ont repris et sanctionné l'ancienne doctrine[1]. Si l'on ajoute que cette doctrine qui a succombé devant la chambre civile en 1887 avait prévalu devant la chambre des requêtes en 1881[2], on peut se demander si elle n'a pas en-

[1] Toulouse, 30 juillet 1888, S. 89. 2. 99. — Dijon, 20 mars 89, S. 89. 2. 179.

[2] On s'est efforcé, il est vrai, de concilier ces décisions rendues à quelques années d'intervalle par les deux chambres de la Cour de cassation. Dans la note à laquelle nous nous sommes si souvent reporté, M. Labbé, après avoir passé en revue différents moyens de conciliation et montré qu'aucun d'eux n'était satisfaisant, a proposé lui-même une distinction. Il estime que si l'arrêt de 1881 a admis l'application de l'art. 883, tandis que celui de 1887 l'a au contraire écartée, c'est peut-être parce que le premier se réfère à l'hypothèse d'une liquidation de succession et l'autre à celle d'une société constituée entre les parties Ne peut-on pas dire, en effet, dans ce dernier cas que la vente d'un immeuble de la société répond au but même de cette société et ne peut être considéré comme un acte préparatoire du partage? Mais ce raisonnement nous parait contraire au principe que l'art. 883 s'applique au partage quelle que soit la durée de l'indivision et quelle qu'en soit la cause. Si l'on observe, comme le fait d'ailleurs M. Labbé, que la société dont il s'agit ici n'a pas de personnalité civile, il faut en con-

Digitized by Google

core pour elle une partie de la Cour de cassation. Aussi dans de telles conditions, et surtout si les résistances s'accentuent, il est peut-être permis de penser que la nouvelle interprétation ne sera pas maintenue.

Donation déguisée faite à une femme mariée. — Conséquence du défaut d'autorisation. (Cass., 29 mai 1889, D. 89. 1. 369).

Une donation déguisée sous la forme d'une reconnaissance de dette est adressée à une femme mariée sans que l'écrit qui constate la reconnaissance fasse mention de l'acceptation de la femme et de l'autorisation du mari. L'acte est-il entâché de nullité, et s'il est nul quel est le caractère de la nullité? est-elle absolue ou relative? Dans ces termes mêmes la question s'était souvent posée, mais jusqu'ici n'avait jamais été tranchée qu'en appel[1]. Dans le cours de cette dernière année elle a été pour la première fois résolue par la Cour de cassation, et par un arrêt du 29 mai 1889 la chambre civile a consacré une solution tout à fait différente de celle que les Cours d'appel avaient constamment adoptée. Les arrêts précédents décidaient en effet que l'acte passé dans les conditions que nous venons d'indiquer était nul et que la nullité en était absolue. La Cour de cassation en admet la validité : elle décide qu'en pareil cas le mari n'avait pas à donner expressément son autorisation et que si même cette autorisation

clure que les biens dont se compose cette société ont toujours été indivis entre les associés. Les effets du partage remontent donc jusqu'au moment où ces biens ont été acquis, puisque c'est à ce moment que l'indivision a commencé.

Au reste, notre éminent maître ne s'est pas dissimulé les objections auxquelles sa distinction pouvait prêter. Il la présente parce qu'un esprit comme le sien a besoin de tout expliquer, mais il semble qu'il ne nous la donne qu'à regret. « Nous avouons, dit-il, que si les circonstances de l'espèce nous ont suggéré cette distinction, aucun motif de l'arrêt n'y fait allusion. L'art. 883 y est commenté d'après son texte comme si dans aucun cas il ne pouvait être entendu autrement. »

[1] V. Aix, 10 mars 80, S. 81. 2. 49 et la note de M. Labbé. Toulouse, 9 mars 85. A la vérité cette dernière décision avait été déférée à la Cour cassation, mais la chambre des requêtes saisie du pourvoi considérant la cause de la donation comme illicite avait jugé inutile de rechercher si le défaut d'acceptation et d'autorisation ne constituait pas une autre cause de nullité. Req. 30 novembre 85, S. 86. 1. 316.

Digitized by Google

avait entièrement fait défaut, son absence constituerait uniquement une cause de nullité relative.

Essayons d'analyser cette décision et d'en indiquer la portée.

Pour comprendre que la question à l'occasion de laquelle elle est intervenue ait pu se présenter, il faut accepter comme point de départ le système de la jurisprudence sur les donations déguisées. La jurisprudence pose en principe que la dissimulation d'une donation sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux ne constitue pas par elle-même une cause de nullité : si l'on se prononce en faveur de l'opinion contraire soutenue par un très grand nombre d'auteurs, évidemment il n'y a plus lieu de se demander si une libéralité déguisée peut être adressée à une femme mariée sans l'intervention du mari dans l'acte, puisque cette libéralité, par cela seul qu'elle n'est pas faite ouvertement, doit être considérée comme nulle.

Admettons donc que la dissimulation ne suffira pas à entraîner la nullité. Cette nullité ne pourra-t-elle pas résulter du moins de ce que l'autorisation du mari n'a pas été donnée selon les règles prescrites pour les donations ordinaires. Ces règles nous sont indiquées par l'art. 934 C. civ., aux termes duquel la femme ne pourra accepter une donation sans le consentement du mari ou en cas de refus du mari sans autorisation de justice. Si l'on déclare cette disposition applicable à la donation déguisée, il faudra dire qu'adressée à une femme mariée cette donation ne pourra pas se réaliser par un acte émanant comme la reconnaissance de dette du donateur seul : à cet acte devra s'ajouter une acceptation de la femme régulièrement autorisée.

Pour trouver la solution de la difficulté, il faut rechercher tout d'abord quel est le caractère des prescriptions édictées par l'art. 934. Ces prescriptions constituent-elles des règles de forme ou de capacité? En effet, toute la théorie de la validité des donations déguisées, telle qu'elle résulte des arrêts se résume dans cette idée que la libéralité déguisée vaut malgré l'inobservation des règles de forme, mais reste soumise à toutes les règles de fond des donations; et dans les règles de fond sont comprises toutes celles qui se rapportent à la capacité. On aperçoit immédiatement les conséquences de cette idée. Elle conduira, soit à dispenser la

Digitized by Google

donation déguisée de l'observation de l'art. 934 si l'on considère la disposition contenue dans cet article comme une règle de forme, — soit au contraire à imposer l'application de cette disposition si l'on y voit une règle de capacité.

Entre ces deux interprétations, la Cour de cassation opte pour la première. Elle décide, et très justement croyons-nous, que l'autorisation d'accepter tient intimement à la forme de la donation. D'une manière générale, l'acceptation des donations, telle qu'elle est réglementée par le Code, n'est elle-même qu'une règle de forme : tout le monde est d'accord sur ce point. On n'admet pas dans notre droit que le concours des volontés puisse en matière de donation se manifester d'une manière quelconque ; il faut que l'adhésion du donataire soit expressément mentionnée dans un acte authentique. Empruntée par le Code civil à l'ordonnance de 1731, cette exigence s'explique uniquement par la défaveur avec laquelle la loi traite les donations : elle impose certaines formalités gênantes dans le seul but de rendre ces sortes de dispositions plus rares et de multiplier les chances de nullité. On peut dire que moralement cela est fâcheux, mais en même temps on est obligé de reconnaître que c'est bien là ce que le législateur a voulu. Si les règles relatives à l'acceptation s'expliquent ainsi, celles qui déterminent les conditions spéciales de l'acceptation d'une donation adressée à un incapable n'ont pas un autre caractère. Ces conditions ne sont autre chose que des formalités exceptionnelles, des modalités de l'acceptation. Ainsi, le Code réunit toutes ces prescriptions dans une même section (art. 931 à 952) relative, dit la rubrique, à la forme des donations. On peut donc conclure de là que la femme mariée, à qui une donation est adressée, n'est obligée de demander l'autorisation d'accepter que lorsqu'elle est tenue de faire expressément acte d'acceptation. Si la libéralité qu'elle reçoit est dissimulée sous la forme d'un contrat à titre onéreux, elle est affranchie des règles de forme, par conséquent de l'acceptation et de toutes les conditions qui s'y rattachent.

Est-ce à dire que grâce à la simulation la femme pourra valablement recevoir une libéralité à l'insu ou malgré la volonté du mari ? Il est impossible de l'admettre sans violer ouvertement

Digitized by Google

l'art. 217 aux termes duquel *la femme ne peut acquérir à titre gratuit sans le consentement du mari.* Nous nous trouvons là en présence d'une règle que l'on ne peut pas ne pas considérer comme une règle de forme, et dont la portée est absolument générale. Mais alors si l'application de cette disposition s'impose, à quoi sert-il d'avoir écarté celle de l'art. 934? L'une et l'autre n'ont-elles pas également pour effet d'imposer à la femme l'obligation de se faire autoriser? Cela est vrai; mais l'autorisation qu'elle devra demander ne sera pas la même suivant qu'on appliquera l'art. 217 ou l'art. 934. Dans le premier cas il s'agira *d'une autorisation d'acquérir;* dans le second cas, *d'une autorisation d'accepter.* Cette distinction proposée pour la première fois par Laurent[1] paraît être à première vue purement artificielle : elle est exacte cependant et parfaitement fondée. La Cour de cassation, qui d'ordinaire ne s'arrête guère aux subtilité chères à la doctrine, se garde bien de négliger cette différence.

Quand, en effet, on dit que la femme demande l'autorisation d'accepter, on sous-entend qu'elle fait elle-même acte d'acceptation, et l'on ajoute qu'elle veut faire approuver cette acceptation par le mari. C'est de cette façon que l'art. 934 ordonne de procéder dans les donations ordinaires.

Au contraire, lorsqu'il y a lieu de demander seulement l'autorisation d'acquérir, aucun acte exprès d'acceptation n'est nécessaire : il suffit qu'en fait le mari ait approuvé même tacitement l'acquisition. C'est tout ce qu'exige l'art. 217[2].

Ainsi dans l'hypothèse sur laquelle la Cour a statué, la libéralité avait été, comme nous l'avons dit, déguisée sous la forme d'une reconnaissance de dette; l'écrit qui constatait cette reconnaissance était l'œuvre exclusive du donateur. La femme n'était pas intervenue pour accepter, ni le mari pour approuver l'acceptation : mais en fait il était prouvé qu'il avait eu connaissance de l'acquisition et qu'il l'avait autorisée. Il n'y avait pas eu autorisation d'accepter; il y avait eu seulement autorisation d'acquérir.

[1] *Principes de droit civil*, t. XII, p. 325.

[2] Il faut observer toutefois que la Cour de cassation se montre assez rigoureuse quant au point de savoir ce qu'on doit entendre ici par autorisation tacite. V. Cass., 20 juin 1881, S. 82. 1. 301.

Digitized by Google

Puisqu'il s'agissait d'une donation déguisée, cela suffisait pour la rendre valable.

Ce n'est pas là d'ailleurs le seul intérêt de cette distinction : elle en présente encore un autre, et ce nouvel intérêt apparaît lorsque le mari n'a donné aucune autorisation. Pour savoir quelles sont les conséquences de ce défaut d'autorisation, il faut se demander quel acte le mari devait autoriser.

Si la donation a été faite dans la forme ordinaire, le mari devait autoriser l'acceptation. L'art. 934 était applicable en pareil cas. Or nous savons que cet article édicte une règle de forme : par conséquent son inobservation entraînera la nullité absolue de la donation. Il est en effet de principe que, lorsque certaines formes sont requises pour la confection d'un acte solennel et que ces formes n'ont pas été observées, l'acte manquant d'une condition essentielle à son existence est absolument nul. Ainsi, dans un cas qui s'est présenté, où la femme avait accepté sans autorisation du mari un acte passé en forme de donation, la Cour de cassation a pu justement décider que cet acte était vicié d'une manière absolue et que le donateur pouvait lui-même invoquer cette nullité [1].

Au contraire, lorsque la libéralité se déguise sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux, les règles prescrites pour la forme des donations cessant d'être applicables, seul l'art. 217 doit être observé. Le mari autorise donc seulement l'acquisition, et son autorisation n'est plus qu'une condition de capacité. Si donc cette autorisation fait défaut, la nullité sera simplement relative. On appliquera l'art. 225 aux termes duquel la nullité fondée sur le défaut d'autorisation ne peut être opposée que par la femme, le mari ou leurs héritiers. Par suite, dans notre espèce, la chambre civile était autorisée à dire, sans pour cela se mettre en opposition avec l'arrêt de 1856, que si le mari n'avait pas connu ni approuvé la donation, le donateur n'aurait pas qualité pour opposer cette irrégularité.

Ces solutions successivement consacrées par la Cour de cassation nous paraissent donc en complète harmonie les unes avec les autres; elles s'expliquent par la distinction que nous venons

[1] Cass., 14 juillet 1856, D. 56. 1. 282.

Digitized by Google

d'indiquer, et l'on peut maintenant résumer en quelques mots toutes les différences entre les conditions de validité de la donation ordinaire et celles de la donation déguisée faite à une femme mariée.

La donation ordinaire doit être acceptée par la femme avec l'autorisation du mari, à peine de nullité absolue.

La donation déguisée n'est pas soumise à la nécessité d'une acceptation : il suffit que le mari autorise même tacitement l'acquisition, et si cette autorisation fait défaut, l'acte est entaché d'une nullité simplement relative.

Partage d'ascendant. — Conséquences au regard des tiers de la nullité ou de la rescision. (Cass., 26 juillet 1887, D. 89. 1. 71).

L'un des nombreux inconvénients du partage d'ascendant, c'est, dans l'état actuel de la loi et de la jurisprudence, de ne présenter pour ainsi dire aucune sécurité : si loyalement qu'il ait été fait, il n'échappe pas à tous les risques de nullité et les conséquences de cette nullité sont extrêmement graves. On ne saurait nier que cette absence de sécurité ne soit en grande partie imputable au système général d'interprétation dont la Cour de cassation s'est inspirée. Mais le temps n'est plus où ce système pouvait être utilement contesté : il faut aujourd'hui se résigner à son triomphe et s'estimer satisfait lorsque la jurisprudence, sans s'en départir, consent à se montrer parfois moins rigoureuse. On trouvera dans la décision suivante la trace de cette indulgence relative.

Cette décision se rapporte aux effets de la nullité prononcée. Lorsqu'un partage d'ascendant vient à être annulé ou rescindé, la distribution opérée par le père de famille doit être considérée comme non avenue : partant, il devient nécessaire de procéder à un nouveau partage d'après les règles du droit commun. Si le partage annulé a été fait par donation et s'il a été suivi d'exécution, les copartagés seront donc tenus de restituer tous les biens qui leur ont été attribués. Mais peut-être ces biens ne sont-ils plus encore en leur possession : ils ont pu être aliénés ou grevés de droits réels. En pareil cas, quelle sera la situation des tiers acquéreurs ou créanciers hypothécaires qui ont ainsi traité avec les descendants avant l'annulation de leur partage?

Digitized by Google

Pendant longtemps la Cour de cassation n'a pas hésité à appliquer ici dans toute leur rigueur les principes admis en matière de nullité. L'acte étant nul ne doit produire aucun effet : le droit des donataires étant résolu, tous ceux qu'ils ont pu consentir tombent avec le leur. On pourra donc immédiatement demander la mainlevée des inscriptions hypothécaires ou agir en revendication contre les tiers acquéreurs et les mettre en demeure de délaisser. Il suffira seulement que ces actions judiciaires soient exercées par un des copartagés autre que celui par qui l'aliénation a été consentie : celui-là en effet est arrêté par la règle *quem de evictione...* Il ne peut évincer parce qu'il doit garantie. Mais rien ne limite le droit des autres[1].

Cette jurisprudence sacrifiait ainsi complètement l'intérêt des tiers, et par contre-coup ruinait en même temps le crédit des copartagés. Aussi avait-elle donné lieu, tant en doctrine qu'en pratique, à des très vives réclamations. La pratique se plaignait du résultat, et les auteurs soutenaient qu'il eût été possible et licite de l'éviter[2].

Aujourd'hui, la Cour de cassation paraît vouloir, dans une certaine mesure, tenir compte de ces réclamations : sa dernière décision en effet atténue quelque peu les conséquences de la nullité prononcée. Un arrêt du 26 juillet 1887 (D. 89. 1. 71) admet que la résolution de l'aliénation consentie par un des copartagés « ne résulte pas d'une manière immédiate de l'annulation du partage. Elle reste subordonnée au résultat du partage nouveau. » Si ce nouveau partage fait tomber les biens aliénés dans le lot d'un autre que l'aliénateur, l'aliénation est résolue. Si au contraire les mêmes biens échoient à celui qui en avait déjà disposé, comme il est censé, en vertu de l'art. 883, avoir succédé seul aux objets compris dans son lot, il a pu valablement aliéner ou constituer des hypothèques : tous les actes qu'il a passés sont maintenus. Pour savoir si l'on peut agir contre les tiers, il faut donc attendre que le partage soit effectué.

Moins fâcheuse que les précédentes, cette solution nous

[1] En ce sens, V. Cass., 22 août 1877, S. 78. 1. 145. — 21 juin 82, S. 84. 1. 259.

[2] V. la note de M. Labbé sous l'arrêt déjà cité du 22 août 1877.

Digitized by Google

semble par cela même plus désirable; nous voudrions pouvoir l'admettre, mais en dépit de ce préjugé favorable, nous ne pouvons pas la considérer comme justifiée par les motifs sur lesquels la Cour s'est appuyée. Nous ne croyons pas, en effet, qu'on puisse invoquer pour la défendre le principe de la déclarativité du partage. Il résulte, à la vérité, de ce principe que le droit de propriété de chacun des descendants sur les biens placés dans son lot remonte au jour où l'indivision a commencé. Mais l'indivision entre les descendants n'a commencé qu'à partir du moment où la succession de leur ascendant s'est ouverte. Avant l'ouverture de cette succession; ils détenaient leurs biens en vertu d'une donation partage entachée de nullité : lorsque cette nullité est prononcée (et l'on sait que d'après la jurisprudence elle ne peut l'être pendant la vie du donateur), il en résulte que l'acte annulé n'a pu produire aucun effet, et que par conséquent les biens compris dans le partage d'ascendant n'ont jamais appartenu aux copartagés. Leur droit et leur indivision n'ont pu prendre naissance qu'en vertu d'un titre nouveau, leur vocation à la succession de l'ascendant. Ainsi, lorsqu'après l'ouverture de cette succession et l'annulation de la donation partage, on procédera selon les formes ordinaires à un autre partage, l'effet déclaratif attaché à ce nouvel acte ne remontera que jusqu'au moment qui marque l'origine de l'indivision. Or ce moment est celui où la succession s'est ouverte. On ne pourra donc pas prétendre que les aliénations consenties ou les hypothèques constituées avant cette époque ont été rétroactivement validées[1] : reconnaître cette validité, ce serait attribuer un certain effet au partage primitif, qui n'en a pu produire aucun puisqu'il est nul.

La jurisprudence aboutit donc en définitive à consacrer un résultat qui ne découle pas des principes qu'elle invoque. Entendons-nous soutenir qu'il n'y ait pour elle aucun moyen, lorsqu'elle

[1] Nous nous bornons à discuter ici les motifs donnés par l'arrêt. Mais si l'on admet que le descendant a disposé d'un bien qui ne lui appartenait pas, on peut se demander si l'acquisition ultérieure de ce bien ne couvre pas la nullité des actes qu'il a passés. On voit alors apparaître les controverses que fait naître la question bien connue de la vente et de l'hypothèque de la chose d'autrui. Le système que nous exposons plus loin, nous permet d'éviter toutes ces difficultés.

Digitized by Google

annule un partage d'ascendant, d'échapper sans inconséquence à la nécessité d'admettre tous les inconvénients de cette annulation ? Tout au contraire : ce moyen très simple a été souvent indiqué. Il suffirait de ne pas faire porter la nullité sur l'acte tout entier. Selon la doctrine admise par la Cour de cassation, le partage d'ascendant fait par acte entre-vifs doit être considéré successivement comme une donation entre-vifs pendant la vie de l'ascendant, et comme un partage après son décès : on conclut de là, que c'est seulement à partir du décès que l'acte pourra être attaqué, en tant que partage, pour lésion de plus du quart ou composition vicieuse des lots. De la même idée ne peut-on pas tirer encore une autre conséquence ? Ne peut-on pas dire que la nullité du partage n'empêche pas la validité de la donation ? On déclare, l'un des descendants ayant été lésé de plus du quart, que le partage doit être rescindé : mais si les règles prescrites en matière de partage n'ont pas été observées, il en est autrement des règles relatives aux donations. Celles-là n'ont pas été violées : par conséquent, le partage d'ascendant annulé comme partage à la mort du disposant a pu subsister valablement comme donation pendant sa vie. Les descendants seront donc considérés comme des donataires appelés à recueillir et à partager la succession du donateur : en cette qualité, ils devront restituer ce qu'ils ont reçu, mais cette restitution s'opérera d'après les règles du *rapport*. Si l'on admettait cette idée il en résulterait notamment :

1° Que les aliénations consenties par les donataires ne seraient jamais résolues, le rapport des immeubles aliénés ne se faisant qu'en moins prenant (art. 860, C. civ.);

2° Que les constitutions de simples droits réels seraient également maintenus, toutes les fois que le bien grevé serait par le nouveau partage placé dans le lot du constituant, ou que ce dernier serait dispensé de l'obligation d'effectuer le rapport en nature (art. 859, C. civ.).

On arriverait ainsi à des solutions plus satisfaisantes et plus faciles à justifier. J. CHARMONT.

Digitized by Google

LE LIVRET OBLIGATOIRE DES OUVRIERS.

Par M. Marc Sauzet, professeur agrégé à la Faculté de droit de Lyon.

Sommaire. — 1-2. Projet d'abrogation du Sénat, ses chances de succès; — 3. Le livret institution de police; — 4. Le livret institution de droit civil; — 5. Sa portée précise, sous ce dernier aspect; — 6. But de cette étude, division.

1. Dans sa séance du jeudi 7 février 1889 le Sénat votait le projet de loi suivant, dont nous reproduisons l'art. 1.

Art. 2. — Le livret obligatoire est supprimé. Le contrat de louage d'ouvrage entre les chefs ou directeurs des établissements industriels et leurs ouvriers est soumis aux règles de droit commun et peut être constaté dans les formes qu'il convient aux parties contractantes d'adopter. — Cette nature de contrat est exempte de timbre et d'enregistrement.

Art. 3. — Toute personne qui engage ses services peut, à l'expiration du contrat, exiger de celui à qui il les a loués un certificat contenant exclusivement la date de son entrée, celle de sa sortie et l'espèce de travail auquel elle a été employée. — Ce certificat est exempt de timbre et d'enregistrement.

2. La nouvelle Chambre des députés sera la troisième, depuis 1881, qui aura été saisie de la question; il est à croire qu'elle saura enfin trouver un moyen de la résoudre d'accord avec le Sénat, d'autant plus que le dissentiment entre les deux Assemblées ne porte pas sur le principe de l'abrogation du livret, mais seulement sur les conséquences qu'il convient d'en tirer et de formuler dans la loi; ce dissentiment, en présence du texte ci-dessus, nous paraît se réduire à une simple question, assez vaine, de rédaction.

Il est donc permis de penser que l'institution des livrets d'ouvriers touche à sa fin : au moment où elle va disparaître et avant que le souvenir de son fonctionnement pratique soit perdu, nous voudrions fixer ses caractères juridiques, étudier les modifications qu'elle a subies depuis son établissement dans la législation

[1] Art. 1er. — Sont abrogées : la loi du 22 juin 1854, le décret du 30 avril 1855, la loi du 14 mai 1851, l'art. 12 du décret du 13 février 1852 sur les obligations des travailleurs aux colonies, et toutes autres dispositions des lois ou décrets relatifs aux livrets d'ouvriers.

Néanmoins continueront à être exécutés : les dispositions de la loi du 18 mars 1806 sur les livrets d'acquit de la fabrique de Lyon; celles de la loi du 7 mars 1850 sur les livrets de compte pour le tissage et le bobinage, et l'art. 10 de la loi du 19 mai 1874 relatifs aux livrets des enfants et des filles mineures employés dans l'industrie, lequel sera applicable aux enfants et aux filles mineures employés comme apprentis ou autrement.

Digitized by Google

industrielle moderne et montrer les causes du discrédit dans lequel elle semble tombée en France.

3. « Les livrets d'ouvriers ne touchent qu'*incidemment* au « droit civil », écrit M. Glasson [1].

Le livret peut être envisagé, en effet, comme une mesure de police, et on doit reconnaître que plusieurs de nos gouvernements ont songé à l'utiliser ainsi : le Consulat, tout d'abord, qui a restauré l'institution, en l'empruntant aux arrêts du Conseil des 24 mars 1744, 2 janvier 1749, 12 septembre 1781 [2], les prescriptions des titres I et III de l'arrêté du 9 frimaire an XII, les autorités compétentes pour délivrer le livret (art. 2) [3], le rapprochement entre le passeport et le livret (art. 3), la sanction de l'obligation du livret contre l'ouvrier (même art. 3), suffiraient à révéler son caractère politique et policier.

Nous avons, au reste, des aveux formels : on sait que le rapport adressé le 13 ventôse an X par le ministre de l'intérieur, Chaptal, aux Consuls, a été le point de départ de la loi du 22 germinal an XI et par suite de l'arrêté du 9 frimaire an XII. Or, dans une circulaire aux préfets [4], le ministre de l'intérieur écrit : « Cet arrêté forme le complément *des mesures de police* qui doi- « vent régir nos fabriques, » et, dans son livre de l'*Industrie française* [5], Chaptal reconnaît qu'un des avantages du livret d'ouvriers est de mettre « l'administration à portée de suivre et « de surveiller cette classe nombreuse de citoyens. Le gouverne- « ment doit assurer l'exécution de ces mesures, non seulement « parce qu'elles intéressent essentiellement le bien de l'industrie, « mais encore *parce qu'elles mettent en ses mains un moyen « puissant d'exercer une bonne police* [6]. »

[1] *Le Code civil et la question ouvrière*, Paris, Cotillon, 1886, p. 13 (note).

[2] Articles de M. le Conseiller d'État Gomel dans le *Journal des Économistes*, 1882, p. 225 et 226.

[3] Modifié par l'arrêté du 10 ventôse an XII (cité par M. Barthe dans son rapport, Sénat, Doc. 1883, juin p. 794, col. 2 (note) (Add. *Ibid.*, p. 797, col. 1, 3 pour les textes postérieurs).

[4] Circulaire du 4 nivôse an XII (26 déc. 1803) reproduite dans l'appendice du *Mémoire* de A. Costaz, Paris, Didot, 1816, p. 91.

[5] T. II, p. 345. Paris 1819.

[6] Cf. Ibid., p. 315, le livret est présenté comme une garantie contre les dangers du compagnonnage, utile à plusieurs points de vue.

Digitized by Google

Aussi le premier Empire se préoccupa-t-il toujours d'assurer aux seules autorités de police la délivrance des livrets; la loi du 18 mars 1806 ayant organisé (art. 20 et s.) des livrets de compte, spéciaux à la fabrique lyonnaise[7], livrets délivrés par les conseils de prud'hommes, le décret du 11 juin 1809[8] prit la précaution, pour éviter toute confusion, de dire, dans son article 67 : « Les conseils de prud'hommes ne peuvent s'immiscer dans « la délivrance des livrets dont les ouvriers doivent être pourvus « aux termes de la loi du 22 germinal an XI. Cette attribu- « tion est *exclusivement* réservée aux maires ou à leurs ad- « joints. »

Tel fut bien aussi le point de vue où se placèrent le préfet de police et les maires de quelques grandes villes lorsque, après 1830, ils prétendirent, *en vertu de leurs pouvoirs de police*, réglementer la pratique des livrets et les assujettir à la formalité des visa de police[9].

Telle était bien la préoccupation de la Chambre des Pairs, le 12 février 1846[10], discutant le point de savoir si le projet qu'elle allait voter sur les livrets était une loi « de police industrielle « entre le maître et l'ouvrier » ou une loi de « simple police « administrative, » — « de police administrative ou politique. »

Et sous le second Empire, à ses débuts, peut-on croire que la manière de voir a changé quand on apprend que le préfet de police, Pietri, était un des plus ardents à réclamer une loi nouvelle, sur les livrets[11], plus générale et mieux sanctionnée que la législation en vigueur ; — quand on lit, dans l'exposé des motifs de la loi du 22 juin 1854[12], que « au point de vue de l'*ordre public* « le livret est d'une utilité incontestable ? »

M. Glasson se range-t-il à cette opinion ? Nous n'oserions l'affir-

[7] Ce sont ceux que le texte précité du Sénat appelle « Livrets d'acquit de la fabrique de Lyon » et qu'il maintient (art. 1, 2e al.).

[8] Souvent indiqué comme avis du Conseil d'État du 20 février 1810. V. notre étude sur la *Juridiction des conseils de prud'hommes*, Paris, Rousseau, 1889, n° 8.

[9] Ordonnances 1er avril 1831 et 30 déc. 1834. Voy. M. Gomel, *op. cit.* p. 230 et 427 et la note 13 ci-après.

[10] *Moniteur*, p. 359.

[11] M. Gomel, *op. cit.*, p. 233.

[12] Sirey L. A. 1854, p. 127, note, col. 1.

Digitized by Google

mer, mais nous n'hésitons pas à dire que c'est là le *petit côté* de l'institution du livret; non pas côté sans importance, car c'est certainement un de ceux qui ont le plus contribué à l'impopularité de l'institution [13]. — Théoriquement, il y avait là, pour toute une catégorie de citoyens, une mesure de suspicion et un assujettissement inconciliables avec le principe de l'égalité civile auquel le premier Consul est réputé avoir tenu beaucoup. Au lendemain des jours troublés de la crise industrielle et commerciale qui avait sévi sur la France, pendant dix ans, l'intérêt général, l'ordre public exigeaient-ils ce sacrifice du droit des ouvriers? En fut-il de même après 1851? Ce sont là des problèmes d'histoire politique que nous ne nous proposons pas de résoudre.

4. Mais il y avait, dans l'organisation du livret, autre chose et plus qu'un sacrifice du droit des ouvriers à l'intérêt public; il y

[13] M. Gomel (*op. cit.*, p. 427) n'est pas le premier à l'avoir constalé. Le comte Beugnot écrivait dans son rapport à la Chambre des Pairs en 1846 (*Monit.*, 13 février, p. 359, col. 1) : « Malgré les formalités minutieuses « prescrites par l'arrêté du 9 frimaire an XII, le Préfet de police, à Paris, « et les maires de plusieurs grandes villes manufacturières ont cru pouvoir « y ajouter encore par des règlements particuliers. Ainsi les ordonnances « du préfet de police des 1er avril 1831, 30 déc. 1834, outre la défense « qu'elles adressent aux fabricants de recevoir un ouvrier sans livret leur « enjoignent de faire viser le livret de l'ouvrier, dans les 24 heures de son « admission à l'atelier, par le commissaire de police du quartier, et ordon- « nent également à tout ouvrier, sortant d'une manufacture, d'un atelier « ou d'une boutique, de le faire également viser à la sortie. Le petit nom- « bre d'ouvriers soumis aujourd'hui (en 1846) à l'obligation du livret, ré- « clament vivement contre ces formalités qui leur font perdre un temps « précieux et les assimilent, disent-ils, à des condamnés libérés sur les- « quels l'œil de la poliee doit rester toujours ouvert. » C'est dans le même ordre d'idées que des manifestations ouvrières récentes ont déclaré que la législation du livret constituait « la mise en carte des classes ouvrières ». Des partisans du livret le condamnent en tant que mesure de police, nous n'en donnerons qu'un exemple : la commission du Corps législatif chargée, en 1853, d'examiner le projet sur les conseils de prud'hommes, toucha, dans ses discussions, à l'institution du livret; le rapporteur exprimait le désir qu'on l'étendît à tous les ouvriers, mais aussi qu'on fît disparaître ses imperfections et il disait, en note : « Ce n'est pas ici le lieu de « signaler ces imperfections, mais nous ne pouvons nous empêcher d'ex- « primer le vœu qu'on efface *tout ce qui tend à imprimer au livret le* « *caractère d'une mesure de police;* ce serait le plus sûr moyen d'assurer « l'exécution de la loi. » (Rapport Curnier, Sirey, L. A. 1853, p. 55, col. 2 *in fine* sous la loi 1er juin 1853). On verra si, un an après, la loi du 22 juin 1854 tint grand compte de ce vœu.

Digitized by Google

avait aussi et surtout le sacrifice du droit des ouvriers à l'intérêt privé des patrons[14], et c'est sous cet aspect que nous devons l'étudier.

Ce n'est pas un aspect secondaire, subsidiaire, *incident* du livret, comme semble le croire M. Glasson. « Si le livret, disait le comte « Daru en 1846[15], peut être *accessoirement* employé comme ins- « trument de police..., *au fond*, dans la pensée des législateurs « actuels, comme de ceux de germinal an XI, *le but essentiel*, « *l'objet principal, réel, fondamental* de la loi est de donner des « garanties aux maîtres vis-à-vis des ouvriers, pour l'exécution « des engagements par eux contractés. — Voilà sous quel aspect « la loi dont nous nous occupons envisage ouvriers et maîtres, « c'est *uniquement comme parties contractantes et dans les rap- « ports qu'ils peuvent avoir en cette qualité.* » Sauf le mot *uniquement*, nous nous approprions cette déclaration, qui donne au Livret son caractère réel, sa portée véritable d'INSTITUTION DE DROIT CIVIL, réglementée hors de la loi générale, à côté du Code Napoléon, constituant la mise hors du Droit commun des rapports contractuels entre patrons et ouvriers.

Les travaux parlementaires les plus récents nous semblent renfermer une justification manifeste de cette manière de voir, que toute cette étude démontrera irréfutablement, croyons-nous; c'est ainsi que le rapporteur du Sénat a été conduit, à propos des livrets, à un historique des « législations qui ont réglé les « rapports des maîtres et des ouvriers[16] ».

[14] Le ministre de l'intérieur, Chaptal, le disait clairement dans sa circulaire précitée (*Ibid.*) « En rendant le livret obligatoire..... on s'est proposé « de donner à ceux qui l'emploient *une sorte de garantie* de sa fidélité. » Cinquante ans plus tard, le président du Conseil d'Etat, Baroche, déclarera au Corps législatif qu' « une loi sur les livrets a pour objet de prescrire « certaines formalités reconnues nécessaires *dans un but de sûreté générale*, « qu'elle n'est pas destinée à donner *des sûretés à des intérêts privés* », mais il devait bien reconnaitre que tel n'était pas le caractère ni de la loi de germinal, ni de la loi de 1854 (Séance 31 mai 1854, *Monit.*, 2 juin p. 603, col. 1, *in fine*).

[15] Chambre des Pairs, Séance 11 février, *Monit.*, p. 341. Nous avons fait de nombreux emprunts aux discussions de la Chambre des Pairs, pour échapper au reproche de ne puiser d'arguments que dans les débats passionnée de l'heure présente.

[16] Sénat, Doc. juin 1883, p. 791-805 (annexe 188), p. 792, col. 1.

Digitized by Google

C'est ainsi encore que soit dans un projet de 1869, dont nous parlerons plus loin, soit dans l'art. 2, reproduit au début de cet article, une logique irrésistible a conduit le législateur, après avoir proclamé l'abolition du livret obligatoire, à déclarer que le contrat entre ouvriers et patrons « *est soumis aux règles du Droit commun* ». N'est-ce pas que la législation spéciale du livret était contraire au droit commun, et qu'elle constitue une législation *civile?*

5. Nous voudrions sur ce point arriver à la plus extrême précision et voici, suivant nous, dans quelle mesure exacte les lois sur le livret, touchant au CONTRAT DE TRAVAIL [17], rentrent dans le domaine du droit civil : elles ne sont pas relatives aux conditions de formation ou de validité de ce contrat, elles n'ont pas pour but de le solenniser; elles ne se proposent pas, comme la loi du 7 mars 1850 [18], d'assurer la libre adhésion des parties au contrat,

[17] Nous désignerons, par cette appellation brève, « le contrat de louage « d'ouvrage entre les chefs ou directeurs des établissements industriels et « leurs ouvriers » de l'art. 2 du projet du Sénat. Ce *contrat de travail* est une espèce de louage d'ouvrage : il a une physionomie juridique propre, ses caractères distincts, qui nous paraissent être : 1° une certaine subordination de l'ouvrier au patron, dans l'exécution du travail promis; 2° la mise à la charge du patron des risques de l'entreprise. — Cette notion du *contrat de travail*, qui le différencie du louage d'ouvrage conclu entre un artisan et un *simple particulier* ne voulant pas assumer la fonction, le rôle de patron, est essentielle, fondamentale : tous les louages d'ouvrage ne donnent pas naissance aux rapports de patron à ouvrier; souvent ce serait contraire à la volonté des parties; voilà le point de départ de la distinction que nous ne faisons qu'indiquer ici; disons seulement qu'elle n'est pas étrangère au Code civil; la rubrique de la section qui renferme les deux art. 1780 et 1781, en rapprochant *certain louage d'ouvriers* du *louage des domestiques*,—l'art. 1779 en distinguant *le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un* (1°) *du louage des entrepreneurs d'ouvrage* (3°), ne la consacrent, ne la supposent-ils pas? — Ajoutons aussi que cette notion juridique du *contrat de travail*, type spécial de louage d'ouvrage, répond aux définitions que les économistes donnent, comme à l'origine qu'ils assignent au *régime du salariat*. Ils le présentent comme le résultat d'une évolution qui a transformé l'association primitive, grossière du capital et du travail, en une association *perfectionnée* où le travail trouve la certitude d'une rémunération, la « fixité de position si précieuse aux hommes » tandis que le capital y gagne, « *en prenant tous les risques de l'entreprise, d'en avoir le gouver-* « *nement exclusif.* » (Bastiat, *Harmonies économiques, Des salaires*, Paris, Guillaumin, 1879, in-12, t. VI, 7e édit., p. 451). N'est-ce pas là notre définition juridique même?

[18] « *Loi sur les livrets de compte pour le tissage et le bobinage* », dit l'art.

Digitized by Google

en les mettant à même d'en apprécier les divers éléments. Nous ne croyons pas même qu'elles aient eu pour but d'en faciliter la preuve, car les mentions prescrites sur le livret ne concernent

du projet du Sénat qui a soin et raison de déclarer qu'elle « *continuera à être exécutée* » nonobstant l'abrogation du livret obligatoire. Cette loi du 29 novembre 1849-29 janvier, 7 et 15 mars 1850 a pour rubrique (Sirey L. A. 1850, p. 48) : « Loi sur les moyens de constater les conventions entre patrons et « ouvriers en matière de tissage et de bobinage. » Elle présente un intérêt doctrinal considérable, car elle constitue, dans notre législation contemporaine, une tentative originale pour écarter d'un contrat très pratique des manœuvres frauduleuses courantes. Elle « a pour but, » dit le remarquable rapport de Cunin-Gridaine (Sirey, *loc. cit.*, note p. 49, col. 1 in pp°) « d'é- « tablir la régularité des rapports entre les patrons et les ouvriers en ma- « tière de tissage et de bobinage. Elle laisse aux parties la plus grande « latitude dans le règlement des conventions; mais *elle prescrit des règles,* « *pour les éclairer sur l'objet de leur contrat,* c'est-à-dire sur tous les élé- « ments qui, ayant de l'influence sur le travail, doivent en avoir une sur « le prix. Ainsi il ne s'agit pas d'imposer des conventions, mais *d'en indi-* « *quer la forme et de l'entourer de telles garanties que le dol ne puisse s'y* « *introduire ni directement ni indirectement.* » — Nous ne croyons pas l'exagérer en disant que l'École connait moins cette loi française de 1850 que les textes du Droit romain concernant la répression du dol; les économistes la citent quelquefois comme un exemple des essais impuissants du législateur « croyant devoir s'immiscer dans les rapports entre patrons et ouvriers « pour écarter toute tentative d'exploitation de l'homme par l'homme. (M. Leroy-Beaulieu, *La question ovrière au XIXe siècle,* 2e édition, p. 317). Quant aux magistrats chargés de l'appliquer, la lettre ministérielle suivante, publiée par les journaux, nous apprend ce qu'ils en pensent : on jugera sans doute que le « *continuera d'être exécutée* » du projet du Sénat a son importance, et on verra dans cet épisode juridique d'un conflit industriel qui a eu, qui a encore sa gravité, un exemple notable des périls que présente la thèse de l'abrogation des lois par la désuétude.

Paris, 7 décembre 1888.

Monsieur le député et cher collègue,

Vous avez bien voulu vous faire auprès de moi l'interprète des réclamations formulées par les ouvriers tisseurs des départements du Rhône et de a Loire au sujet de l'inobservation dans ces départements de la loi du 15 mars 1850 sur le tissage et le bobinage.

J'avais déjà été saisi de plusieurs réclamations que j'avais communiquées à M. le garde des sceaux. Mais, comme vous le savez, *les parquets ont hésité à poursuivre des contraventions à une loi qui leur paraissait tombée en désuétude.*

Je ne saurais, pour ma part, m'associer à cette manière de voir, et je viens de prier MM. les préfets du Rhône et de la Loire d'intervenir auprès des fabricants de leurs départements pour les inviter à se mettre en règle avec les prescriptions de la loi de 1850 qui sont toujours en vigueur.

D'un autre côté, j'ai demandé de nouveau à M. le garde des sceaux de

Digitized by Google

aucune des clauses du contrat et ne peuvent fournir aucune indication sur les conditions acceptées de part et d'autre[19]. Peut-être pourrait-on y voir pour l'ouvrier, un commencement de preuve par écrit du contrat lui-même, en rendant la preuve testimoniale admissible même au-dessus de 150 francs ; mais ce ne serait là, à coup sûr, qu'un effet imprévu et bien imparfait, non le but de l'institution.

Ce n'est donc pas plus à la preuve de l'objet précis des obligations contractées, qu'aux conditions de formation ou de validité de la

vouloir bien donner des instructions précises afin de faire poursuivre par les parquets les fabricants qui ne se rendraient pas à cette invitation.

Agréez, etc.

Le ministre du commerce et de l'industrie,
Signé : PIERRE LEGRAND.

A M. de la Berge, député de la Loire.

[19] Nous ne parlons pas « des livrets d'acquit de la fabrique de Lyon » organisés par le titre III de la loi du 18 mars 1806, et que vise l'art. 1 du projet du Sénat. Pour le livret obligatoire l'opinion que nous émettons ne nous semble pas contestable. Le baron Dupin disait bien à la Chambre des Pairs, en 1846, (*Moniteur*, 10 février, p. 327, col. 2) : « Quelques personnes s'obs-« tinent à considérer les livrets comme une espèce de vexation, comme une « offense envers l'ouvrier. Je les considère *comme un contrat écrit*, comme « *le titre auquel les ouvriers peuvent recourir devant le magistrat, le juge* « *de paix, le maire...* »

Le comte Daru nous fournit la réponse : (*Ibid.*, p. 342, col. 2) : « Le « livret porte uniquement — *entré tel jour* — *sorti tel jour* — si les parties « ne sont pas d'accord sur l'interprétation des conventions, il n'y en a « trace nulle part, la parole du maître fait foi. L'ouvrier dira qu'il ne s'é-« tait pas engagé autant qu'on l'affirme ; le maître dira le contraire *et le* « *juge sera obligé de le croire.* » Allusion très juste à l'art. 1781, C. civ., avant son abrogation par la loi du 2 août 1868. Le comte Daru regrette qu'il en soit ainsi, il ajoute : « Pourquoi le livret ne serait-il pas le contrat lui-« même ? Pourquoi ne contiendrait-il pas deux colonnes mentionnant par « deux chiffres le taux des salaires et la durée de l'engagement ? »

C'était là l'expression d'un souhait qui a été souvent reproduit : c'est ainsi que l'art. 2 du projet du gouvernement en 1850, portait que *tous les engagements du contrat de l'ouvrier seraient transcrits sur les livrets* (Sirey, L. A. 1851, p. 66, notes 4 et 5). Le rapporteur explique (*Ibid.*, p. 64, col. 1-2) pourquoi la commission a cru devoir supprimer cette disposition dont il n'y a pas trace dans la loi de 1851. Lors de l'enquête de 1868 qui amena, en 1869, la préparation par le Conseil d'Etat d'un projet abrogeant le livret, on réclamait aussi l'organisation d'une preuve écrite détaillée des clauses du contrat de travail, et nous retrouverons, en 1883, au Sénat, dans le système du *livret conventionnel*, la même préoccupation. A toute époque on a dû reconnaître que le livret obligatoire ne lui donnait pas satisfaction.

Digitized by Google

convention, qu'il faut songer, quand on recherche la raison d'être du livret, envisagé comme institution de droit civil; c'est aux effets du contrat, à ses effets au profit du patron : le livret est une garantie d'un ordre spécial, mais très énergique, imaginée dans l'intérêt du patron, et du patron seul [20], pour lui assurer le paiement par l'ouvrier, débiteur d'ordinaire peu solvable, de sa dette de travail, en première ligne, et aussi, éventuellement, de la dette d'argent qu'il a pu contracter en obtenant des avances sur son salaire.

6. Ainsi envisagé le livret est l'institution qui permet d'ob-

[20] Constatons, dès à présent, que le livret n'est pas une « garantie *réciproquement* donnée pour l'exécution des engagements pris. » (Comte Daru, *loc. cit.*, p. 328, col. 1). Au point de vue juridique la garantie qui en résulte n'existe qu'au profit du patron, nous le démontrerons. Sans doute, les partisans du livret ont toujours entrepris de démontrer qu'il était un *bienfait* pour l'ouvrier et c'est en ce sens que Montalembert (Ch. des Pairs, *Ibid.*, p. 328, col. 2) lui reconnaissait un caractère de « *bienveillance mutuelle* », mais jamais on n'a pu soutenir que le bienfait pour l'ouvrier consistait en une garantie à son profit de l'exécution par le patron de ses engagements. — En 1846, on tentait, non sans succès, la réhabilitation complète du livret; c'est ainsi qu'il paraissait à un des orateurs de la Chambre des Pairs (*Ibid.*, p. 342, col. 3) « extrêmement facile de prouver aux ouvriers... que le livret n'est pas une gêne, que *que ce n'est pas autre chose qu'un avantage.* Le livret est un avantage par deux raisons fort simples, élémentaires. Qu'est-ce que c'est que le livret entre les mains de l'ouvrier? C'est d'abord un appui, une protection, c'est une recommandation et la plus honorable de toutes; car à qui la doit-il? A son travail; comment l'obtient-il, la conserve-t-il? Par sa bonne conduite. — Le livret est encore, entre les mains de l'ouvrier, un gage avec lequel il obtient aisément, sans peine, sans intérêts, les petites avances que les besoins de sa famille ou de son industrie lui rendent nécessaires. Ainsi l'ouvrier est *isolé*, inconnu, son livret devient son protecteur. Il est pauvre, sans crédit, le livret devient le gage, *l'immeuble pour ainsi dire* avec lequel il obtient le petit emprunt qui lui est nécessaire. » (Cf. dans le même sens Vivien, *Journal des Économistes*, 1846, t. XV, p. 239). En 1853 le rapporteur au Corps législatif de la loi sur les conseils de prud'hommes dira de même que le livret est pour l'ouvrier « comme une lettre de crédit qui » l'aide à obtenir des avances dans les temps malheureux, *comme un bien sur lequel il peut, pour ainsi dire, donner hypothèque;* » mais il n'omet pas de reconnaître que il est « pour le fabricant un sûr répondant, qu'il a pour *objet essentiel* d'obliger l'ouvrier à remplir les engagements qu'il a contractés. » (Sirey, L. A. 1854, p. 55, note, col. 2)

En fait nous ne nions pas que l'ouvrier *isolé*, condamné à l'isolement par l'interdiction des coalitions et de l'association professionnelle, ait pu tirer quelques avantages du livret, mais *en droit* il faut reconnaître que le patron seul y trouve *une garantie.*

Digitized by Google

server le plus nettement le développement de l'idée du droit dans les rapports entre patrons et ouvriers depuis près d'un siècle [21]. Et en effet, nous avons dit, en reproduisant le texte du projet du Sénat, que son abolition ne soulevait aucune contradiction de principe; législativement elle est proposée depuis 1869; dans nos Chambres, depuis 1881, époque où la question fut réveillée, aucun partisan de l'institution ne s'est levé pour la défendre; bien plus, depuis plus de vingt ans, on veille si peu à l'observation de la loi, qu'elle serait menacée de désuétude ou plutôt réduite à l'état de prescription purement théorique [22].

Or pourquoi le livret est-il ainsi condamné en droit comme abandonné en fait, malgré les avantages très réels, très pratiques qu'il présente pour les patrons? Pourquoi, sinon parce que ces avantages constituent à un tel point ce que nous avons cru pouvoir appeler la mise hors du droit commun des ouvriers que les alléguer aujourd'hui provoquerait, si nous osons dire, un véritable soulèvement de la conscience publique, plus ou mieux pénétrée qu'elle le fut jamais, sauf au lendemain de 1789, de la notion du droit?

Pour rendre claire, évidente, l'évolution d'idées à laquelle nous faisons une simple allusion ici, nous nous proposons d'exposer le système du livret tel qu'il fut organisé au commencement du siècle. Nous tâcherons, en second lieu, de préciser les dérogations au droit commun que renfermait ce système. Nous montrerons enfin quelles atténuations y ont été successivement apportées, pour aboutir à sa complète abrogation.

(*à suivre*). MARC SAUZET.

DE LA MAXIME *ERROR COMMUNIS FACIT JUS*,

Par M. Ernest VALABRÈGUE, conseiller à la Cour d'appel d'Aix.

Introduction.

1. L'homme se consume parfois en vains efforts pour décou-

[21] Cf. notre étude sur la *juridiction des Prud'hommes*, Paris, Rousseau, 1888 (n° 1, 4, 32-33).

[22] V. cependant les chiffres donnés au Sénat par M. Barthe (notamment, séance 22 novembre 1883, *J. Off. Déb.*, p. 1380, col. 2); le nombre des livrets délivrés à Paris serait encore assez considérable.

Digitized by Google

vrir la vérité; d'épais nuages la voilent à ses regards. Notre raison, *cet instrument libre et vague*, ainsi que l'appelle très justement Montaigne[1], est sujette à bien des défaillances. Le faux se pare souvent des couleurs du vrai, et jette notre esprit dans mille perplexités. Nos sens eux-mêmes sont exposés à des erreurs; leur témoignage est incertain; il trompe l'âme et est trompé par elle.

2. Ces considérations sont de mise, non seulement dans la région de la métaphysique, mais encore dans le domaine de la science du droit. Des apparences mensongères peuvent dissimuler le vice d'un acte, d'un contrat, et faire illusion à l'esprit le plus clairvoyant. Supposons qu'un acte ait été dressé par un officier public incompétent ou incapable, ou avec le concours de témoins qui ne remplissaient pas toutes les conditions exigées par la loi, qu'un contrat ait été passé avec un mineur, une femme mariée, sans que les formalités requises pour leur protection aient été observées. Ceux qui ont comparu devant l'officier public, ceux qui ont contracté avec les incapables ont pu se trouver sous l'empire d'une erreur à peu près invincible. Leur bonne foi a été entière; ils ont cru, et l'opinion générale le leur persuadait, que le fonctionnaire, que les témoins présentaient toutes les conditions d'aptitudes légales, que l'incapable était maître de ses droits. On ne saurait leur reprocher aucune espèce de négligence; ils se sont entourés de tous les moyens d'investigation dont on doit humainement s'entourer; ils ont accepté comme l'expression de la vérité des apparences qui en imposaient. Seront-ils victimes de l'erreur dans laquelle ils sont tombés? Sera-t-on fondé à leur opposer la nullité inflexible, impitoyable de l'acte ou du contrat? Faudra-t-il sacrifier à la rigueur du droit la justice, l'intérêt public lui-même qui exige la sécurité dans les transactions privées?

La sagesse antique, s'inspirant des principes supérieurs de l'équité, avait pensé que, dans les hypothèses dont nous venons de parler, la bonne foi, quand elle était appuyée sur une *erreur commune*, était la sauvegarde de tiers, et qu'elle devait faire repousser toute action en nullité dirigée contre l'acte ou le contrat par les parties ou les incapables.

[1] Liv. III, chap. XI, éd. Louandre, t. IV, p. 184.

Digitized by Google

Tel est le sens de la maxime dont nous abordons aujourd'hui l'examen.

Nous l'étudierons tout d'abord dans la loi romaine et dans l'ancien droit.

Nous rechercherons ensuite si cette vieille règle est encore en vigueur dans notre législation moderne, et, dans ce cas, quelle est l'étendue de l'application qu'elle doit recevoir.

Telles sont les grandes lignes de ce travail.

PREMIÈRE PARTIE.

Origines et exposé historique de la maxime.

3. Une maxime, fondée sur l'équité, devait trouver sa place toute naturelle dans le droit romain, qui a été proclamé *la raison écrite*[1].

Le plus connu de ces textes est la célèbre loi *Barbarius Philippus* (l. 3, D. *De off. prœt.*, lib. I, tit. XIV). Cette loi, qui est d'Ulpien, vise l'hypothèse suivante : Un esclave fugitif a été élevé à la préture, grâce à l'ignorance où l'on était au sujet de sa condition. Plus tard on découvre sa véritable origine. Il a fait, pendant qu'il était en exercice, plusieurs actes de sa juridiction. Ulpien se demande quel sera le sort de ces actes.

« *Quid dicemus? Quæ edixit, quæ decrevit nullius fore mo-*
« *menti? An fore,* PROPTER UTILITATEM EORUM QUI APUD EUM
« EGERUNT, *vel lege, vel quo alio jure? Et verum puto nihil*
« *eorum reprobari.....* »

Le jurisconsulte, cédant à des raisons d'équité, se prononce pour la validité de ces actes. « *Hoc enim,* dit-il, HUMANIUS EST. » Du reste, ajoute-t-il, si le peuple romain avait connu l'état de servitude de celui qu'il a appelé à la préture, il est incontestable qu'il l'aurait affranchi, avant de l'élever à ces fonctions. Il est

[1] Cujas, *Observ.*, lib. XVIII, cap. XXXIII; — Voët, *Ad leg. Barbar. Philipp.*, D. *De offic. prœt.*; — Faber, *Rational. in Pandect.*, I, XIV, t. VI;—Bartole, sur la loi *ad testium* § *Condit.*, D. *Qui testam facere poss.*, nos 1 et 4, et sur la loi *Barbar. Philipp.*, D. *De offic. prœt*; — Merlin, *Rép.* vis *Ignorance*, § 2, n° 9. — Erreur, n° 6; — *Témoin instrumentaire*, § 11, n° III; — M. Accarias, *Précis de droit romain*, t. I, 4e éd., p. 100, note 1, et p. 859.

Digitized by Google

donc censé lui avoir donné la liberté, en même temps qu'il l'a élu.

4. Un second texte, la loi 2, Cod. *De sentent. et interl.*, (lib. VII, tit. XLV), fait encore l'application de notre maxime. Tout en se rapprochant de celui dont s'occupe la loi *Barbarius Philippus*, ce cas s'en distingue cependant par une nuance qu'il est utile de signaler.

Un esclave, qui passait pour libre, a été désigné comme arbitre par le magistrat. Quoiqu'il ait été remis en servitude, sa sentence n'en aura pas moins l'autorité de la chose jugée.

Voilà quelle est la décision de ce texte.

Dans cette espèce, le magistrat n'avait pas, comme le peuple romain dans la première que nous avons citée, le pouvoir d'effacer le vice de la nomination, et cependant l'acte émané de cet arbitre est déclaré valable. L'application de la maxime n'est donc pas, il est essentiel de le retenir, restreinte au cas où l'autorité qui avait désigné l'officier public ou le *judex* incapable pouvait couvrir l'irrégularité de son investiture.

5. Les deux lois que nous venons d'analyser, s'occupent l'une et l'autre d'actes faits par un individu qui tenait ses fonctions de l'autorité publique. Mais que devait-on penser quand il s'agissait d'actes qui ne supposaient aucune mission donnée par cette autorité? La capacité putative, qui s'appuyait sur l'erreur commune, devait-elle suffire pour les valider?

Les jurisconsultes romains avaient donné à ce point une solution affirmative, en ce qui concerne les témoins testamentaires.

Une constitution de l'empereur Adrien (l. 1, Cod., *De testament.* liv. VI, tit. XXIII) prévoit le cas où un esclave, qui était en possession de l'état d'homme libre, a été employé comme témoin dans un testament. Son véritable état ayant été découvert, l'héritier légitime veut s'en prévaloir pour faire tomber le testament qui lui est opposé. L'empereur Adrien, consulté, répond que cet acte sera valable, pourvu que le témoin passât généralement pour libre, et que personne ne lui contestât cette qualité.

Les empereurs Sévère et Antonin résolurent la question dans le même sens. Leur décision figure dans les Institutes de Justinien (§§ 7, *De testament. ordin.*, livre II, titre X).

Digitized by Google

Voici comment s'exprime ce passage :

« *Sed cùm aliquis ex testibus testamenti quidem faciendi tem-*
« *pore liber existimabatur, postea vero servus apparuit, tam di-*
« *vus Hadrianus Catonio Vero, quam postea divi Severus et Anto-*
« *ninus rescripserunt,* SUBVENIRE SE EX SUA LIBERALITATE TES-
« TAMENTO, *ut sic habeatur, ac si, ut oportet, factum esset; cum*
« *eo tempore quo testamentum signaretur,* OMNIUM CONSENSU *hic*
« *testis liberorum loco fuerit neque quisquam esset qui ei status*
« *quæstionem moverit.* »

On argumenterait vainement de certaines expressions pour soutenir que la décision des empereurs était dictée uniquement par la faveur due au testament. Il y avait là surtout l'application de la maxime *error communis facit jus*, qui dominait la législation romaine, et à laquelle la fin du texte fait allusion par ces mots : « *cum eo tempore.....* OMNIUM CONSENSU *hic testis liberorum loco fuerit.....* »

6. Notre maxime ne fut pas restreinte aux actes publics. Elle fut aussi étendue aux rapports juridiques avec les incapables.

En thèse générale, celui qui traitait avec un incapable devait, au préalable, s'enquérir de sa condition.

« *Qui cum alio contrahit,* disait Ulpien, *vel est vel esse debet non ignarus conditionis ejus* (l. 19, D. *De regul. jur.*, liv. IV, tit. XVII). Cette règle n'était pas toutefois absolue. On distinguait, à cet égard, entre l'ignorance crasse, qui provenait d'une extrême négligence, et l'ignorance vraisemblable, à laquelle était exposé un homme même diligent et soigneux de ses intérêts.

La première ne pouvait valider le contrat passé avec un incapable. Les tiers, qui n'avaient pas eu recours pour s'éclairer sur la capacité de celui avec lequel ils contractaient, aux renseignements conseillés par la plus vulgaire prudence, avaient agi à leurs risques et périls, et devaient supporter les conséquences de leur propre faute.

L'ignorance vraisemblable produisait un effet tout différent. Une interprétation équitable avait fait admettre qu'elle effaçait le vice du contrat et le rendait pleinement valable.

Ces principes avaient été appliqués par une disposition spéciale du sénatusconsulte macédonien (l. 3, pr. D. *De senastusc.*

Digitized by Google

maced. liv. XIV, tit. VI, et l. 1, Cod. *Ad. senatusc. maced.*). Ce sénatusconsulte, établi en haine des usuriers qui prêtaient aux fils de famille, refusait aux prêteurs toute action en justice. Mais un tempérament avait été apporté à cette disposition. Si le fils de famille passait dans l'esprit de tout le monde pour émancipé, capable de s'obliger, et que cette opinion s'appuyât sur des faits nombreux, sur des actes, sur des contrats passés par ce dernier, sur des fonctions auxquelles il aurait été appelé, le sénatusconsulte cessait alors d'être applicable.

« *Si quis*, disait Ulpien, *patremfamilias esse credidit, non* « *vana simplicitate deceptus, nec juris ignorantia, sed quia pu-* « *blice paterfamilias plerisque videbatur, sic agebat, sic contra-* « *hebat, sic muneribus fungebatur, cessabit senatusconsultum.* »

7. Tels sont les textes du droit romain, qui, sans donner à notre maxime la formule qu'elle tient de la glose et de la tradition, l'ont consacrée cependant, à nos yeux, d'une façon incontestable.

8. De la législation romaine cette règle passa dans l'ancien droit.

Nos parlements et nos juristes lui donnèrent une certaine extension.

Elle fut appliquée tout d'abord aux actes faits par un officier public incapable ou incompétent.

Un arrêt du Parlement de Flandre de 1751, rapporté par Merlin [1], valida une saisie opérée dans les circonstances suivantes :

Le sieur Moujot avait poursuivi le décret ou saisie du fief de Leval. Le sieur de Villeneuve demanda la nullité de cet acte. Il alléguait que l'huissier, qui y avait procédé, était sans qualité pour instrumenter. Le Parlement n'avait autorisé cet officier ministériel à exercer ses fonctions que pendant un certain temps, qui était expiré au moment de la saisie. Mais on lui objecta qu'à cette époque, l'huissier exerçait publiquement ses fonctions, et que l'erreur commune devait valider ses actes. Ce moyen triompha, et les prétentions du sieur de Villeneuve furent repoussées par le Parlement de Flandre.

9. On alla encore plus loin dans cette voie.

[1] *Rép.* v° *Ignorance*, § 2, n° 9.

Digitized by Google

D'après Brodeau et Louet [1], un arrêt du Parlement de Paris du 30 juin 1608 valida un codicille passé devant un notaire hors du territoire dans lequel celui-ci avait le droit d'instrumenter.

Merlin mentionne également un arrêt du Parlement de Flandre du 21 mai 1768. Il est utile de noter que, daus cette espèce, le notaire se prévalait d'une longue possession du droit qu'on lui reprochait de s'être arrogé [2].

Un arrêt du Parlement de Paris du 30 décembre 1604 valida même un testament reçu par un commis de tatellion mineur de 25 ans.

10. L'ancien droit, suivant l'exemple de la législation romaine, appliqua aussi notre maxime aux témoins instrumentaires, notamment en matière du testament.

Voici comment Pothier s'exprime sur ce point [3].

« Lorsqu'une personne qui a perdu l'état civil, *puta* par la « profession religieuse, est établi dans un lieu où on iguore sa « profession religieuse, la quasi-possession en laquelle elle est « de l'état civil en ce lieu supplée à l'état civil qui lui manque, « et suffit pour rendre valable le testament où elle à fait fonc- « tion de témoin » (Argt. l. 3, D. *De offic. prœt.*)

Telle était la doctrine de Furgole [4] et de Ricard [5].

C'est à cet ordre d'idées que se rattache un arrêt du Parlement de Dijon du 3 février 1656 [6]. Cette décision rejeta un moyen de nullité élevé contre un testament dans lequel avait figuré un témoin frappé de la peine du bannissement, et dont la condamnation était ignorée.

11. Enfin, nos anciens juristes appliquèrent la maxime aux rapports avec les incapables, et spécialement au cas où des tiers avaient contracté avec une femme mariée, en croyant son mari mort, alors qu'il était encore vivant. Les actes passés avec cette femme n'en étaient pas moins valables, si les tiers avaient été

[1] Merlin, *loc. cit.*

[2] Voir aussi Cochin, t. III, *Consultat.* 52.

[3] Introduction au tit. XVI de la Coutume d'Orléans, n° 14.

[4] *Traité des testaments*, ch. 3, sct. 1, n° 7.

[5] Partie I, n° 1357.

[6] Merlin, *loc. cit.*

Digitized by Google

de bonne foi et qu'ils eussent été déterminés par l'erreur commune.

Ecoutons sur ce point Pothier [1].

« Lorsque la femme, dit-il, et les personnes qui ont contracté « avec elle, ont eu un juste sujet de croire que son mari était « mort, et que la femme avait en conséquence le pouvoir de con- « tracter sans autorisation, comme lorsqu'un homme ayant été vu « parmi les morts après une bataille et cru mort, quoiqu'il ne le « fût pas, on a donné des certificats en bonne forme de sa mort; « si, sur la foi de ces certificats, la femme a fait plusieurs contrats « avec plusieurs personnes, et que le mari ait depuis reparu, je « pense qu'en ce cas, tant la femme que ceux qui ont contracté « avec elle, ayant eu, sur le fondement de ces certificats, un juste « sujet d'être persuadés de la mort du mari, et ayant en consé- « quence contracté de bonne foi, sans l'autorisation qu'on croyait « de bonne foi n'être pas nécessaire, cette bonne foi, tant de la « femme que de ceux qui ont contracté avec elle, doit suppléer « au défaut de l'autorisation, et rendre ces contrats valables. « C'est le cas de cette maxime des interprètes : *error communis* « *facit jus;* lorsque le public a un juste sujet de croire qu'une « personne a un état que, dans la vérité, elle n'a pas, l'intérêt du « commerce de la société civile exige que cette personne puisse « faire valablement les mêmes actes qu'elle ferait, si elle avait « véritablement cet état; autrement, l'erreur dans laquelle est le « public sur l'état de cette personne, troublerait le commerce, et « serait préjudiciable à toutes les personnes qui auraient affaire « à elle. »

12. Pothier examine également [2] l'hypothèse où une femme, qui n'était pas avec son mari, et qui passait pour fille là où elle résidait, aurait passé des contrats dans ce lieu. Il décide que les actes intervenus seront valables, en vertu de la loi *Barbarius Philippus,* les tiers n'ayant pu se renseigner sur le véritable état de la femme.

DEUXIÈME PARTIE.

Droit moderne.

13. La maxime *error communis facit jus* a-t-elle été admise

[1] *Tr. de la puiss. du mari,* 2e partie, n° 28.

[2] *loc. cit.,* n° 54.

Digitized by Google

ou rejetée par nos Codes? Tel est le premier point que nous avons à fixer.

Le maintien de cet adage a pour défenseurs la plupart de nos interprètes [1]. Il a cependant trouvé un adversaire en M. Laurent [2]. L'éminent jurisconsulte s'élève en termes très vifs contre la doctrine qui considère notre maxime comme étant toujours en vigueur.

« Avant tout, nous protestons, dit-il, contre la maxime qui « semble donner à l'erreur la puissance du droit. Le droit est « l'expression de la vérité éternelle; comment l'erreur pourrait-« elle jamais être assimilée à la vérité? Il n'y a rien de plus « funeste que l'autorité que l'on attache à un fait lorsqu'il repose « sur une erreur; reconnaître à ce fait, quelque universel qu'il « soit, l'autorité du droit, c'est détruire la base de l'ordre moral. « Tel est cependant le sens que l'on donne parfois à l'adage *error « communis facit jus. C'est le fait qui devient droit* [3], dit-on, *et « ne sont-ce pas les faits qui gouvernent le monde?* Non. Ce « ne sont pas les faits qui gouvernent le monde; c'est le droit; « c'est la justice; et quand un fait, fût-il universel, est en oppo-« sition avec le droit, il doit disparaître, et il faut l'attaquer, bien « loin de lui donner l'autorité du droit..... »

14. Nous avouons que nous sommes loin de partager l'indignation de M. Laurent à l'égard d'une maxime qu'il *voudrait bannir de la science juridique à raison de l'abus qu'on en peut faire* [4]. Nous estimons, au contraire, que cette maxime est conforme tout à la fois aux préceptes de la justice la plus élémentaire et aux exigences de l'intérêt social; les considérations, que nous avons présentées dès le début de cette étude, répondent

[1] Duranton, t. II, nos 462, 463, 464; t. III, no 419; t. IX, no 109; t .X, no 107; t. XIII, nos 35 et 77; —Toullier, t. II, no 623, t. V, no 407;. —Solon, *Traité des nullités*, nos 370 et suiv.; Troplong, *Don. et testam.* t. III, no 1686; Larombière, *Oblig.*, t. IV, art. 1317, nos 4 et 7; Aubry et Rau, t. VII, p. 121, § 670, texte et note 27 et 28, t. VIII, p. 200, § 755, texte et note 5, p. 204, § 755, texte et note 22; Demolombe, *Don. et testam.*, t. V, nos. 220 et suiv.

[2] *Principes de droit civil*, t. XIII, nos 281 et suiv.

[3] Demolombe, *loc. cit.*

[4] Laurent, *Ibid.*, p. 282.

Digitized by Google

suffisamment aux critiques du savant professeur. Nous sommes peu disposé d'une façon générale à accepter de confiance les vieilles règles que le passé nous a transmises, et nous croyons qu'avant de leur donner cours, il est nécessaire de les faire passer au creuset d'un examen sévère. Mais, malgré ces tendances de notre esprit, nous nous empressons de reconnaître que nous sommes ici en présence d'une tradition qui a droit à tous nos respects, et si elle n'avait pas été consacrée d'une manière formelle par notre législation, ainsi que nous le démontrerons dans un instant, il faudrait regretter profondément un tel oubli, une telle lacune.

M. Laurent, du reste, n'est pas aussi affirmatif qu'il le paraît au premier abord.

Dans le n° 282, où il examine la question de savoir si le testament sera valable à raison de la bonne foi de ceux qui y ont appelé un témoin incapable, il ajoute, tout en soutenant que cette théorie est contraire à la loi, que « *certes l'équité applaudirait à* « *une pareille disposition.* »

En outre, dans le n° 283, après avoir discuté les jurisprudences belge et française, il termine par ces mots :

« Toutefois en combinant la tradition avec le décret du 2 juillet « 1807, nous croyons que la maxime de la capacité putative « peut être admise, bien qu'elle déroge à la rigueur du droit. »

15. Quant à nous, nous pensons fermement que la maxime *error communis facit jus* a été accueillie par nos Codes, et qu'indépendamment d'une tradition de seize siècles, dont elle est fondée à se prévaloir, elle a pour elle la consécration de l'avis du Conseil d'État du 2 juillet 1807 [1], passé en force de loi, et enfin les principes généraux qui dominent notre législation.

Il nous sera aisé de démontrer cette double proposition.

16. Faisons connaître immédiatement dans quelles circonstances a été rendue l'avis du Conseil d'État du 2 juillet 1807.

Les secrétaires de mairie avaient délivré, sous leur signature, de nombreux extraits des registres de l'état civil. D'après la loi du 28 pluviôse an VIII, ces employés avaient cessé d'être des fonctionnaires publics ; ils n'avaient donc plus qualité pour rendre

[1] Duvergier, *Coll. des lois et décrets*, t. XVI, p. 153.

Digitized by Google

authentiques les extraits portant leur signature. Cependant, la plupart de ces documents avaient été légalisés par l'autorité compétente. Un certain nombre avaient même été produits en justice devant les tribunaux et avaient servi de base à des décisions. On se demanda quel serait le sort de ces actes, des contrats et des jugements dans lesquels on avait fait usage de ces pièces? Tout devait-il être annulé? ou bien, au contraire, n'y avait-il pas de la part des tiers une erreur commune, partagée par l'autorité publique elle-même, une erreur presque invincible, qui devait tout valider? Les tiers n'avaient-ils pas été en présence d'une situation de fait qui les avait autorisés à considérer le secrétaire de mairie comme ayant toujours conservé leur qualité d'officiers publics?

Le Conseil d'État fut consulté sur cette question. Elle était d'autant plus délicate qu'il ne s'agissait point, comme dans le cas de la loi *Barbarius Philippus*, de fonctionnaires incapables nommés par l'autorité compétente, tenant d'elle leur investiture, mais d'une catégorie d'employés dépourvus de tout caractère officiel, d'après les dispositions formelles de la loi du 28 pluviôse an VIII.

Quoi qu'il en soit, le Conseil d'État, prenant en considération l'intérêt général qui était en jeu, se prononça fort nettement pour l'application de la maxime et la validité de ces actes.

A raison de l'importance exceptionnelle de l'avis qu'il formula, nous croyons qu'il est utile de placer sous les yeux du lecteur ses principaux considérants.

Après avoir établi que la loi du 28 pluviôse an VIII ne donne point qualité aux secrétaires de mairie pour rendre authentiques des extraits des registres de l'état civil, ce document s'exprime ainsi :

« 2° Considérant que néanmoins, et depuis la loi du 28 plu-
« viôse an VIII, il a été délivré un très grand nombre d'extraits
« des registres de l'état civil, sous le certificat et la signature
« d'employés qui se qualifient de *secrétaires* ou de *secrétaires*
« *généraux* de mairie; que plusieurs de ces actes ont été reçus
« en justice, et ont servi de base ou de pièces justificatives à des
« jugements ou à des procédures non terminées, qui seraient

Digitized by Google

« dans le cas d'être recommencées, si ces extraits n'étaient pas « admis comme authentiques;

« 3° Que ces extraits ont été délivrés par ces employés, et « reçus par les parties avec bonne foi de part et d'autre; de la « part des employés qui ont pu conclure de quelques actes du « gouvernement qu'on leur reconnaissait un caractère public; de « la part des parties, qui pouvaient d'autant moins reconnaître « l'*erreur commune*, que la très grande majorité de ces extraits « ont été légalisés, soit par les présidents des tribunaux de pre- « mière instance, d'après la loi du 28 pluviôse an VIII, soit pos- « térieurement, par les préfets des départements ou les autres « fonctionnaires qui les remplaçaient en cas d'absence ou d'em- « pêchement;

« 4° *Et qu'enfin, de tout temps et dans toutes les législations,* « L'ERREUR COMMUNE ET LA BONNE FOI *ont suffi pour couvrir,* « *dans les actes et même dans les jugements, les irrégularités* « *que les parties n'avaient pu ni prévoir ni empêcher.* »

Le Conseil d'État émet l'avis que les extraits délivrés depuis la loi du 28 pluviôse an VIII sous le certificat et la signature des employés dits *secrétaires* ou *secrétaires généraux* de mairie jusqu'au jour de la publication de ce document, doivent être considérés comme authentiques, si cette signature a été, avant cette dernière époque, légalisée par les fonctionnaires compétents.

17. Quelle est l'autorité qui s'attache à cet avis du Conseil d'État? Nous croyons qu'il a force de loi.

Quelques explications à ce sujet sont nécessaires.

La Constitution du 22 frimaire an VIII, qui était en vigueur au moment où il a été rendu, ne donnait pas, il est vrai, au gouvernement le droit d'interpréter les lois [1].

L'art. 52 réglait les attributions du Conseil d'État. Ce corps était chargé de rédiger les projets de loi et les règlements d'administration publique, et de *résoudre les difficultés qui s'élèveraient* EN MATIÈRE ADMINISTRATIVE. Mais ce pouvoir d'interprétation était restreint au domaine administratif; en ce qui concerne les lois civiles, le principe général *ejus est interpretari legem*

[1] Duvergier, *ibid.*, t. XII, p. 23 et suiv.

Digitized by Google

cujus est condere reprenait son empire; c'était au législateur lui-même à fixer le sens de son œuvre.

Un règlement du 5 nivôse an VIII [1] vint élargir les attributions du Conseil d'État. L'art. 11 portait que le Conseil d'Etat *développait le sens des lois, sur le renvoi qui lui en était fait par les consuls, des questions qui leur avaient été présentées*. Ce règlement était évidemment contraire à la constitution de 22 frimaire an VIII; il aurait donc pu être annulé pour cette cause. Mais, d'après les art. 21 et 28 de cette constitution, le Sénat avait seul le droit d'attaquer les actes du gouvernement qui étaient entachés de ce vice. Cette assemblée n'ayant pas usé du droit qui lui appartenait, et ayant laissé subsister le règlement dont il s'agit, l'avis du Conseil d'Etat du 2 juillet 1807 a acquis force de loi [2]. Il a été inséré, du reste, au *Bulletin officiel*.

18. Ce document a une importance qui n'échappe pas à l'esprit du lecteur. Il constitue une véritable loi interprétative. Le Conseil d'État statue sur le cas particulier qui lui était soumis, en posant en principe, que la maxime est encore debout, que, *dans tous les temps et dans toutes les législations, l'*ERREUR COMMUNE ET LA BONNE FOI ont *suffi pour couvrir, dans les actes et même dans les jugements, les irrégularités que les parties n'avaient su ni prévoir ni empêcher*. Il y a là l'affirmation la plus nette, la plus positive d'un principe préexistant, d'où découle, comme conséquence inévitable, la solution donnée par le Conseil d'État à la question qui lui était soumise. Le doute au sujet de la portée de cet acte n'est pas possible, d'après nous; il n'y a qu'à le lire pour s'en convaincre. L'avis du Conseil d'État du 2 juillet 1802 devrait, à lui seul, assurer le triomphe de la thèse que nous défendons.

19. Elle trouve au surplus, un très sérieux appui dans de nombreuses dispositions de notre Code civil. La bonne foi, jointe au fait, à la possession, joue, à chaque pas, un grand rôle dans notre législation. Elle exerce une influence décisive sur tous les contrats, et produit des conséquences dignes d'être notées. C'est que les lois elles-mêmes ne se placent pas seulement au point de

[1] Duvergier, *ibid.*, p. 53 et suiv.

[2] Merlin, *Rép.* v° *Interprétation*, III.

Digitized by Google

vue des principes abstraits et rigoureux du droit; elles se préoccupent surtout des nécessités sociales et des exigences de la pratique.

Une première application de cette idée se rencontre dans un acte important entre tous, qui est la source et la base de la famille, dans l'acte de mariage. Rigoureusement, le mariage annulé ne devrait produire aucun effet civil. Mais la loi déroge à ce principe, quand il y a bonne foi de la part des deux époux ou de l'un d'eux (art. 201 et 202).

La loi attache alors des effets au mariage. « *C'est une faveur* « *sans doute*, dit très bien M. Demolombe [1], *car le droit n'y est* « *pas! mais une faveur pleine d'équité, de moralité, de bonne* « *politique; aussi le mariage putatif est-il depuis longtemps* « *reconnu par notre jurisprudence française.* »

Un certain nombre d'interprètes, parmi lesquels M. Demolombe [2], vont même jusqu'à faire produire des effets civils au mariage nul, quelque soit le vice qui l'atteigne, quelle que soit l'erreur commise par les époux, que ce soit une erreur de fait ou de droit.

En matière de propriété, la loi fait découler aussi de la possession des effets importants. Le possesseur d'un immeuble, qui a acquis un immeuble en vertu d'un titre entaché de quelque vice, qui a acheté, par exemple, d'une personne qui n'était pas propriétaire ou d'un incapable, fera néanmoins les fruits siens, pourvu qu'il soit de bonne foi (art. 549 et 550).

La bonne foi, jointe à un juste titre, aura aussi le privilège de conduire plus rapidemment à l'acquisition de la propriété par la prescription, et d'abréger la durée de cette dernière (art. 2265).

Elle a même la vertu de faire acquérir immédiatement la propriété d'un meuble (art. 2279).

La bonne foi des tiers peut, à elle seule, suffire pour couvrir le vice d'un acte qui, sans cette circonstance, serait absolument irrégulier. La loi en offre un exemple frappant dans l'art. 1240. Cet article suppose un paiement fait à un individu, qui, en réalité, n'était pas créancier. La rigueur du droit conduirait à décider que ce paiement est nul, et peu importerait la bonne foi de celui

[1] *Mariage et sép. de corps*, t. I, n° 351.

[2] *Ibid.*, n° 355 et suiv.

Digitized by Google

qui s'est libéré. L'art. 1240, s'inspirant de l'équité, valide cependant le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance. Ainsi, le paiement fait à un héritier apparent sera valable, bien que celui-ci soit exclu plus tard de la succession par un héritier plus proche.

Une jurisprudence constante valide aussi aujourd'hui les ventes faites par un héritier apparent. Cette solution, dictée surtout par le désir de ne pas jeter le trouble dans les transactions privées, peut, au besoin, se justifier par la faveur due à la bonne foi appuyée sur l'erreur commune.

20. Dans plusieurs des cas que nous venons de rappeler, il y a erreur d'un seul, et cependant à cette erreur particulière la loi attache des effets remarquables. N'est-il pas souverainement logique de faire produire les mêmes effets à l'erreur, quand elle est générale, commune, invincible? Si notre loi ne l'avait pas fait, on pourrait la taxer très justement d'inconséquence.

En résumé, tout s'unit pour démontrer que la maxime *error communis facit jus* est encore en vigueur de nos jours, et qu'elle a pris place dans nos codes.

Arrivons maintenant à ses applications. Elles sont relatives à deux ordres d'idées principaux, qui ont trait aux actes dressés par des officiers publics, ou aux rapports avec les incapables.

Nous traiterons successivement de ces deux points.

Chapitre premier.

Des actes dressés par un officier public.

21. Il faut envisager deux situations différentes. Un acte peut être irrégulier parce que l'officier public ne présentait pas toutes les conditions d'aptitude voulues par la loi.

Ou bien encore, l'acte était irréprochable à ce point de vue, le fonctionnaire était parfaitement capable et compétent; mais les conditions dont nous venons de parler ne se rencontraient pas chez les témoins qui ont concouru à l'acte.

Occupons-nous tout d'abord du premier cas.

SECTION I.

Des actes dressés par un officier public incapable ou incompétent.

22. Supposons qu'un officier public, un notaire, par exemple,

Digitized by Google

ait exercé ses fonctions, quoiqu'il ne réunît pas toutes les conditions requises par l'art. 35 de la loi du 25 ventôse ou XI. Il était étranger; il s'est fait passer pour Français; on a cru que telle était sa nationalité. Ou bien encore, il n'avait point l'âge exigé, il n'avait pas 25 ans accomplis. Par l'effet d'une erreur, il a obtenu néanmoins du gouvernement la commission qui l'a appelé aux fonctions notariales; il a prêté serment et a fait des actes de son ministère. Quel sera le sort de ces actes, si sa nomination est révoquée plus tard?

Tous les jurisconsultes sont d'accord sur ce point, que, malgré les vices dont son investiture était entachée, le notaire n'en a pas moins eu le droit d'instrumenter, et que les actes passés par lui doivent être respectés, comme si la nomination avait été absolument régulière. Cette opinion peut invoquer un argument tiré de l'art. 68 de la loi du 25 ventôse an XI. Cette disposition, qui prononce dans certains cas la nullité des actes notariés, ne vise pas l'art. 35, qui exige la qualité de Français, l'âge de 25 ans, etc.

Mais en vertu de quel principe faut-il valider les actes dans le cas qui nous occupe? Là est le dissentiment.

M. Laurent [1] estime que si le notaire a alors le droit d'instrumenter, c'est uniquement parce qu'un arrêté l'a nommé notaire et qu'il a prêté serment. Notre maxime ne serait pas applicable. La loi *Barbarius Philippus* a prévu, dit-il, une hypothèse différente. Elle suppose qu'un esclave a été nommé préteur. Elle déclare que ses actes seront maintenus, par ce motif que le peuple pouvait l'élire, puisqu'il pouvait l'affranchir. Mais le chef du gouvernement n'a pas le pouvoir de nommer notaire un incapable, un étranger. La célèbre loi doit donc être écartée.

24. Nous ne saurions partager l'avis de l'éminent professeur, et nous pensons, au contraire, qu'il y a là une des applications de la maxime [2].

Rigoureusement, le notaire ne pourrait imprimer le caractère d'authenticité aux actes qu'il reçoit, que s'il réunissait dans sa

[1] T. XIX, no 107.

[2] Voir en ce sens, Duranton, t. XIII, p. 65, n° 77; — Favard, v° *Acte notarié*, § 7, no 5; — Bonnier, t. II, p. 25, n° 471; — Larombière, t. IV, p. 266, n° 7 (art. 1312); — Aubry et Rau, t. VIII, p. 200, texte et note 5.

Digitized by Google

personne toutes les conditions d'aptitude voulues par la loi. Si ces conditions lui font défaut, les actes qu'il aura ainsi passés seront certainement valables, mais ils le seront uniquement parce que l'erreur commune les couvre et les protège. Les tiers ont eu affaire à un officier public régulièrement investi, d'après les apparences, des fonctions qu'il exerçait; rien n'a pu leur faire supposer que l'autorité publique avait nommé un incapable, que sa religion avait été trompée. Ils n'avaient pas qualité, du reste, pour attaquer la nomination du fonctionnaire, quelque irrégulière qu'elle fût. Il s'agit donc là d'une erreur commune, d'une erreur invincible de la part des tiers, qui prenait sa source dans une possession officielle du fonctionnaire, dans un titre émané du gouvernement, dont ils ne pouvaient soupçonner les vices. Était-il équitable, logique même de rendre ces tiers victimes d'une faute qu'ils n'avaient point commise, et d'annuler les actes qu'ils avaient passés avec la plus entière bonne foi? Tel est, d'après nous, le seul fondement juridique que l'on doive donner à cette solution. Elle est dictée par l'adage *error communis facit jus*. Que l'on n'objecte pas que le gouvernement ne peut, comme dans l'espèce de la loi *Barbarius Philippus*, effacer lui-même le vice de la nomination. Nous n'avons qu'à renvoyer sur ce point, à la loi 2, Cod. *De sentent. et interloc.* Ainsi que nous l'avons vu [1], ce texte appliquait la maxime à l'hypothèse où l'autorité, qui avait choisi l'incapable, n'avait pas ce pouvoir.

25. Ce que nous venons de dire s'applique aux jugements rendus par un individu qui aurait été nommé à des fonctions judiciaires, dont un vice ignoré, le défaut d'âge, par exemple, le rendait incapable [2].

26. Que doit-on décider si un notaire a instrumenté hors des limites de son ressort? L'erreur commune pourra-t-elle couvrir les actes qu'il aura ainsi passés en violation de la loi?

Nous ne le pensons pas. L'ancien droit donnait, il est vrai, à ce point, une solution différente [3]. Mais cette jurisprudence était justifiée par le désordre qui régnait alors dans cette matière;

[1] Voir *supra*, n° 4.

[2] Solon, n° 377.

[3] Voir *supra*, n° 9.

Digitized by Google

les arrondissements dans lesquels chaque notaire devait instrumenter n'étaient pas nettement délimités. Il y avait sur ce point des règlements infinis et très divergents; ils étaient, de plus, peu observés. Certains notaires pouvaient avoir une longue et ancienne possession d'un usage contraire, dont il était difficile de discerner l'illégalité. Il était juste de ne pas laisser les tiers souffrir de cet état d'incertitude. Il y avait de leur part une erreur à peu près invincible, qui devait être protégée. Mais aujourd'hui la situation est bien différente. La loi de ventôse a posé, par son art. 5, des règles claires et précises au sujet du lieu dans lequel les notaires sont autorisés à exercer leurs fonctions. Des peines sévères sont attachées par l'art. 6 à la violation de ces règles. Les tiers ne sauraient, dès lors, invoquer une erreur qu'ils ont pu prévoir et empêcher, car il leur était facile de s'éclairer au préalable sur la compétence du notaire. L'acte passé dans ces conditions sera donc nul, quelle que soit l'ignorance des parties [1]. S'il était signé par elles, il vaudrait toutefois comme écrit sous seing-privé (art. 68, loi du 25 ventôse an XI, et 1318, Cod. civ.).

Examinons à présent une autre hypothèse. Un officier public, un notaire, suspendu ou destitué de ses fonctions, a reçu des actes depuis que la mesure qui le frappe lui a été signifiée; à partir de ce moment, il perd sa qualité d'officier public; il cesse d'être notaire. Il continue cependant à exercer ses fonctions. Que deviendront les actes qui auront été passés par les tiers avec la plus entière bonne foi? L'erreur commise pourra-t-elle les valider?

Duranton [2] se prononce pour leur nullité. D'après cet auteur, les parties ne seront point fondées à exciper de leur ignorance, quoiqu'elle soit possible, surtout dans une grande ville, et notamment si la suspension ou la destitution n'a été signifiée au notaire que depuis peu de temps. Mais ce cas est exceptionnel, et, d'une manière générale, il y a un ensemble de garanties qui est suffisant pour protéger les intérêts des tiers. Le notaire,

[1] Voir en ce sens, Grenier, *Donations*, t. I, p. 469, n° 52. — *Contra* : Solon, *loc. cit.*, n° 375.

[2] T. XIII, n° 76. — Voir aussi Roland de Villargues, v° *Acte authentique*, n° 19.

Digitized by Google

qui commettrait cette infraction, s'exposerait à des peines sévères et à des donmmages-intérêts envers les tiers lésés. On ne peut aller au-delà de cette double sanction.

M. Demolombe[1], de son côté, paraît n'accorder que le bénéfice de l'art. 1318, Cod. civ. à l'acte passé dans ces conditions. Cet acte vaudrait comme écriture sous seing-privé, s'il était signé par toutes les parties.

28. Quant à nous, nous estimons qu'il n'y a aucune raison décisive qui s'oppose à l'application de l'adage à l'hypothèse dont il s'agit. Les tiers peuvent être, on le reconnaît, de la plus entière bonne foi, et se trouver en présence d'une erreur générale, presque invincible. La mesure qui a frappé le notaire ne reçoit qu'une publicité restreinte; ils ont vu le notaire en possession de son office, comme par le passé, et ils ont contracté en toute confiance. Pourquoi la maxime ne les protègerait-elle pas? Le notaire peut ne pas être arrêté par la perspective de la peine qui le menace, en cas d'infraction; quant aux dommages-intérêts, son insolvabilité peut les rendre illusoires. Enfin, l'art. 1318 n'offre aux tiers qu'un secours inefficace, dans le cas où, comme en matière de constitution d'hypothèque, de donation, etc..., la loi exige un acte authentique.

29. Les motifs que nous venons de donner auraient dû faire admettre l'application de notre adage dans l'espèce suivante jugée par arrêt de la Cour de Turin[2] du 21 avril 1807 (aff. Marengo) :

Le notaire Baldacco avait contrevenu aux dispositions transitoires de l'art. 65 de la loi du 25 ventôse an XI. Cet article obligeait, sous peine de déchéance, les notaires en exercice à déposer, dans les trois mois de la publication de cette loi, au greffe du tribunal de leur résidence, les titres et pièces constatant leurs précédentes nomination et réception. Postérieurement à la déchéance qu'il avait encourue *de plein droit*, le sieur Baldacco avait reçu un testament. Cet acte ayant été attaqué, la Cour de Turin prononça sa nullité, bien qu'on invoquât en sa faveur l'erreur commune, qui avait fait considérer par tout le monde, et

[1] T. XXIX, n° 260.

[2] P. chr., t. VI, p. 38.

Digitized by Google

par le testateur lui-même, le notaire comme étant apte à passer l'acte en question.

30. Si l'on s'en rapporte aux lois romaines, l'erreur commune ne paraît valider les actes faits dans l'exercice d'une fonction qu'autant que leur auteur avait un titré *coloré,* résultant de l'investiture à lui donnée par l'autorité publique. Ce titre devait être la source de l'erreur générale.

On a soutenu que ces conditions étaient encore exigées par notre droit moderne[1]. Mais cette opinion ne nous semble pas admissible en présence de l'avis du Conseil d'Etat du 21 juillet 1807. Quelle qu'est été sur ce point la doctrine des jurisconsultes romains, nous avons un texte qui a force de loi: or, ce texte étend incontestablement l'application de la maxime en dehors de l'hypothèse où le fonctionnaire incapable ou incompétent tenait ses pouvoirs en vertu de l'attribution qui lui en aurait été faite par l'autorité publique. L'avis du Conseil d'État vise l'hypothèse ou des employés sans caractère public, dépourvus à cet égard de toute espèce d'investiture, des secrétaires de mairie ont délivré, sous leur signature, des extraits des registres de l'état civil. Il décide que ces extraits seront considérés comme authentiques, si la signature donnée par ces agents a été légalisée par l'autorité compétente. Cette circonstance, jointe à une longue possession de la part de ces employés, constituait pour les tiers une erreur invincible.

31. Il faut remarquer aussi que l'avis du Conseil d'État s'écarte, à un autre point de vue, des lois romaines. Ainsi que l'a très judicieusement observé M. Labbé[2], celles-ci ne semblent avoir pris en considération que l'erreur *de fait.* La grande glose s'exprime ainsi au sujet de la loi *Barbarius Philippus :* « *Notatur hic quod* CIRCA FACTUM *error communis facit jus.* » Ces expressions sont des plus nettes. L'avis du 2 juillet 1807 prévoit, au contraire, une erreur de droit mélangée d'une erreur de fait. Une opinion générale a prêté aux secrétaires de mairie des attri-

[1] Voir Merlin, *Rép.* v° *Témoin instrument.*, § 2, n° 3, — 26°; Solon, *loc. cit.*, n° 377; Dalloz, *Rép.* v° *Obligations,* n° 3063.

[2] P. 84, 1. p. 5, note de M. Labbé sous un arrêt de la Cour de cassation du 7 août 1883.

Digitized by Google

butions qui étaient contraires aux dispositions de la loi de pluviôse an VIII, elle les a considérés, d'après des apparences, auxquelles l'autorité publique elle-même a cru, comme étant toujours en possession des pouvoirs dont cette loi les avait dépouillés.

Les lois romaines prévoient une erreur invincible de la part des tiers, une erreur résultant d'un titre qu'ils ne pouvaient ni contrôler, ni vérifier. L'avis du Conseil d'État est plus indulgent. Il protège une erreur, dont les tiers auraient pu, à la rigueur, se préserver en s'éclairant sur la capacité légale des employés au ministère desquels ils avaient recours.

32. Une pure erreur de droit, quelque répandue qu'elle fût, ne suffirait pas cependant pour permettre aux tiers de se placer sous l'égide de notre maxime. Une erreur de cette nature ne peut, évidemment, à elle seule, donner à un fonctionnaire la capacité qui lui manque[1]. Il faut qu'à cette erreur se joignent une situation, une série d'acte qui aient été de nature à faire illusion aux tiers, à leur faire prendre les apparences pour la réalité.

33. Un arrêt de la Cour d'Alger[2] du 22 février 1858 (aff. Arvézit c. Chaudron), a fait une sage application de ces principes.

Le sieur Arvézit avait demandé à être envoyé en possession de l'hérédité de sa femme, en vertu d'un testament de cette dernière reçu à Orléansville par le secrétaire du commissaire civil. On lui objecta que le testament était nul, parce qu'il avait été dressé par une personne qui n'avait pas qualité. L'arrêté ministériel des 18-31 décembre 1842, relatif à l'organisation des commissariats civils en Algérie, ne contenait, disait-on, aucune disposition de laquelle on pût induire que ces fonctionnaires ou leurs secrétaires eussent capacité pour recevoir un testement. On soutint que l'art. 57 de l'arrêté ministériel des 30 décembre 1842-26 janvier 1843, leur donnait, il est vrai, le droit de rédiger les actes notariés, dans les lieux où il n'existait pas de notaire, mais que ce droit était restreint à la matière des conventions in-

[1] *Sic*, Solon, *loc. cit.*, n° 383.

[2] P. 59, p. 68. Un arrêt de cass. du 9 mai 1842 (P. 1842. 2. 10) a toutefois décidé que les notaires nommés en Algérie par l'autorité militaire à une époque rapprochée de la conquête avaient été sans qualité pour instrumenter *surtout avant d'avoir prêté serment.*

Digitized by Google

tervenues entre des parties, et que les testaments ne rentraient pas dans la catégorie de ces derniers actes.

Le tribunal d'Alger accueillit ces moyens ; mais, sur appel, la Cour d'Alger rendit un arrêt infirmatif. Elle valida le testament en question en décidant : 1° que le secrétaire du commissaire civil avait eu capacité, dans l'espèce, pour le recevoir ; 2° que, dans tous les cas, l'erreur commune pouvait être invoquée à juste titre.

« Considérant, d'ailleurs, dit l'arrêt, qu'il est de notoriété pu-
« blique que, d'après l'ordonnance du 30 décembre 1842, les
« secrétaires des commissaires civils ont procédé à la réception
« des testaments publics, *sur toutes les parties du territoire*
« *algérien* où des notaires n'avaient pu être établis...;

« Considérant que l'erreur commune ne saurait ainsi être mise
« en doute ;

« Considérant qu'il est de principe constant dans notre droit
« nouveau, comme dans notre droit ancien, que la capacité pu-
« tative, fondée sur une erreur commune, supplée la capacité
« réelle ;

« Considérant enfin qu'alors même qu'un doute pourrait s'é-
« lever sur le sens et la portée de l'art. 57 de l'ordonnance...,
« les testaments reçus par les secrétaires des commissaires civils
« seraient protégés par l'erreur commune, produisant aujour-
« d'hui, comme à toute époque, les mêmes effets que la loi ;

« Considérant, dès lors, que le sieur Arvézit aurait d'autant
« plus qualité et droit d'invoquer la protection de l'erreur com-
« mune, qu'elle ne saurait évidemment être rejetée, sans une per-
« turbation générale dans de hauts et graves intérêts, qu'il im-
« porte, surtout dans une colonie, de consolider.... »

34. Il faut assimiler *a fortiori* à ceux qui ne tiennent leurs fonctions d'aucune investiture les fonctionnaires publics, dont l'investiture, la délégation serait irrégulière. Ce cas s'est présenté tout récemment dans une affaire qui a eu un très grand retentissement ; nous voulons parler de l'affaire dite *des mariages de Montrouge*, sur laquelle la chambre civile de la Cour de cassation a statué par arrêt du 7 août 1883[1].

[1] P. 1884, 1, p. 5.

Digitized by Google

On se rappelle quels étaient les faits de ce procès.

En 1882, le maire de Montrouge s'était fait plusieurs fois remplacer, en qualité d'officier de l'état civil, par un des conseillers municipaux de la commune, M. Girardin. Celui-ci avait procédé à la célébration de trois mariages. M. Girardin était, par ordre d'élection, le 21e membre du conseil municipal de Montrouge, qui compte 24 conseillers. Ni les adjoints au maire, ni les conseillers municipaux qui précédaient M. Girardin sur la liste, n'étaient empêchés.

Cette délégation était irrégulière d'après l'art. 14 de la loi des 18-22 juillet 1837, combiné avec l'art. 5 de la loi du 21 mars 1831, et l'art. 4 de la loi du 5 mai 1855. Il résulte de ces dispositions que le droit de délégation accordé au maire doit s'exercer d'abord au profit des adjoints, qu'en cas d'empêchement de ces derniers, la mission de les remplacer revient au conseiller municipal placé le premier dans l'ordre du tableau.

Le ministère public poursuivit d'office la nullité de ces trois mariages. Elle fut prononcée par jugement du tribunal civil de la Seine. Parmi les époux, qui avaient fait célébrer leur union, les uns laissèrent passer le jugement en force de chose jugée, les autres interjetèrent appel et obtinrent un arrêt infirmatif. Mais un pourvoi ayant été formé, dans l'intérêt de la loi, contre le jugement du tribunal de la Seine, l'affaire fut portée devant la Cour suprême, où elle donna lieu à d'intéressants débats. On soutint très justement[1] que, même dans l'hypothèse où les mariages ainsi célébrés auraient dû être annulés, à raison de la délégation irrégulière de l'officier de l'état civil, cette nullité aurait été, dans tous les cas, couverte par l'erreur commune. Au moment où les parties s'étaient présentées devant le membre de la municipalité pour faire consacrer leur union, celui-ci leur avait donné lecture d'un procès-verbal dans lequel il avait déclaré agir en vertu de la délégation du maire. Était-il raisonnable d'astreindre les parties à vérifier à ce moment si l'officier de l'état civil avait véritablement qualité, si sa délégation était absolument régulière,

[1] Voir, sur ce point, le rapport de M. le conseiller Monod, les conclusions de M. le procureur général Barbier, et la note de M. Labbé, déjà citée (P. 1884, p. 14 et suiv.).

Digitized by Google

et s'il y avait un empêchement légal des adjoints au maire et des conseillers municipaux, placés avant lui sur la liste, qui rendît ses pouvoirs valables ? L'application de la maxime s'imposait donc dans le cas où la nullité des mariages aurait été prononcée. Mais la Cour suprême n'a pas cru devoir statuer sur cette question subsidiaire ; elle s'est bornée à décider que l'irrégularité de la délégation du conseiller municipal n'avait pas eu pour effet d'entraîner la nullité des mariages auxquels il avait procédé.

35. Nous nous sommes placé jusqu'à présent dans l'hypothèse où l'erreur commune avait pour objet la condition de capacité de l'officier public ; elle peut aussi tomber sur son nom, et nous devons examiner ce cas, bien qu'il paraisse au premier abord invraisemblable. Supposons que PAUL *Dupré* ayant été nommé notaire dans telle résidence, son frère JEAN *Dupré* prête serment et exerce ses fonctions à sa place. Tout porte à croire que celui-ci a été investi de ses fonctions. Les actes qu'il aura faits seront couverts par cette ignorance [1].

36. Nous avons un dernier point à examiner. L'erreur commune doit-elle valider les actes émanés de fonctionnaires qui tiennent leurs pouvoirs d'une autorité insurrectionnelle ou usurpatrice ? Nous sommes pour l'affirmative. Tel était, du reste, autrefois le sentiment de Grotius [2].

Le doute ne nous paraît pas possible, tout d'abord, pour les actes de l'état civil dressés, dans un moment de trouble ou de guerre, par un officier public que l'émeute ou l'invasion avait installé dans ses fonctions. La vie civile ne saurait être suspendue ; les grands événements de l'existence humaine doivent être constatés à l'instant même où ils se réalisent. La vie et la mort sont indépendantes de la volonté de l'homme ; quant au mariage, s'il est un acte de la libre volonté des époux, il importe aussi qu'il soit effectué sans délai ; tout retard est de nature à amener la perturbation dans les intérêts les plus graves de la société,

37. Ce que nous venons de dire s'applique aux jugements qui auraient été rendus par des magistrats improvisés dans les mêmes circonstances. L'autorité légitime peut, il est vrai, dès qu'elle

[1] Duranton, t. X, n° 107.

[2] *De jure bell. ac pacis*, lib. I, cap. IV, § 15.

Digitized by Google

est rentrée dans ses droits, anéantir ces décisions. Mais, si elle garde le silence, elle est censée avoir maintenu les actes de ces magistrats.

38. Cette doctrine a été consacrée par un arrêt de la Cour de Bastia [1] du 21 janvier 1846 (Guerini C. Casabianca), qui a validé un mariage dans les circonstances suivantes :

Le sieur Jacques-Toussaint Casabianca de Ropale (Corse) s'était marié, en 1794, à Vallecale, avec la demoiselle Limarola du même pays. La Corse était alors soulevée; les Anglais occupaient une partie de l'île. Paoli, qui s'était mis à la tête de l'insurrection, avait placé le centre de ses opérations dans la contrée où se trouvait Vallecale. Les registres de l'état civil, qui, aux termes de la loi du 21 septembre 1792, devaient être transmis à toutes les communes de France, n'étaient pas encore parvenus dans l'intérieur de la Corse. Comme il n'existait aucun officier de l'état civil à Vallecale, le mariage fut célébré devant le curé.

Le sieur Casabianca décéda en 1840, laissant un testament par lequel il léguait tous ses biens à ses enfants. La précaution paraît un peu étrange au premier abord, puisque ses enfants devaient être ses héritiers légitimes.

La dame Guérini, nièce du testateur, assigna ces derniers en partage de la succession de leur père. Elle soutint qu'ils n'étaient point issus d'un légitime mariage, cette union n'ayant pas été célébrée devant l'officier de l'état civil compétent, et qu'ils étaient, par suite, incapables de profiter de ses dispositions testamentaires. Mais ses prétentions furent rejetées par le tribunal et la Cour de Bastia.

39. La loi du 2 juillet 1871 [2] s'est inspirée du même esprit que cet arrêt.

Rappelons, en deux mots, l'objet et le but de cette loi. Alors que Paris était tombé entre les mains d'une insurrection criminelle, les hommes de la Commune avaient usurpé les fonctions d'officier de l'état civil. De nombreux actes avaient été dressés par eux en cette qualité. Quand le gouvernement de M. Thiers eut vaincu l'émeute, il crut devoir prendre des mesures pour

[1] P. 1846, 2, p. 143.

[2] P. Lois et décrets, 1871, p. 137.

Digitized by Google

régulariser cette situation. Il prescrivit la reconstitution, suivant des formes déterminées, des actes auxquels avient procédé de faux officiers publics. Ces actes devaient être biffés et rédigés à nouveau dans un certain délai. Il fut bien entendu, toutefois, que ces actes, notamment les mariages qui avaient été célébrés, n'étaient pas nuls. Les époux qui avaient été unis dans ces conditions ne pouvaient reprendre leur consentement, et convoler à d'autres noces; ils restaient valablement unis. Aussi l'art. 5 de la loi n'exige pas une nouvelle célébration. Il veut tout simplement que le mariage soit transcrit sur un registre spécial, à la requête, soit des parties, soit du ministère public. Pour que cette pensée apparût avec plus de clarté, la commission, chargée à l'Assemblée nationale d'étudier le projet de loi, proposa d'apporter une modification au texte, qui était ainsi conçu :

Art. 1er. Les actes de l'état civil reçus depuis le 18 mars 1871, à Paris et dans les autres communes du département de la Seine, les mentions inscrites depuis la même époque en marge des registres, par tous autres que les officiers publics *seront* NULS.

La commission remplaça ces mots : *seront* NULS par ceux-ci : *seront* BATONNÉS, et cette modification passa dans le texte lui-même.

« La commission a pensé, dit le rapport, que des époux qui « étaient venus contracter mariage, dans le lieu ordinaire de ces « cérémonies, à la mairie, en présence de ce qui leur paraissait « être un officier public, ne pouvaient pas être autorisés un seul « moment à se croire dégagés de la foi qu'ils s'étaient donnée, et « elle s'est rappelé l'arrêt si sage rendu par la Cour de Bastia à « la suite d'une révolte qui avait, pendant de longs mois, tenu « plusieurs villages isolés de toute autorité légale..... C'est pour « des raisons pareilles que la commission, s'attachant avant tout « à ce qui est la pensée du gouvernement et l'objet de la loi, « supprime la mention de nullité dans l'art. 1er, et se borne à « dire, en retranchant trois mots : *les actes de l'état civil....* « *seront* BATONNÉS... »

SECTION II.

Des témoins instrumentaires.

40. Pour qu'un acte public soit valable, il est nécessaire, non

Digitized by Google

seulement que l'officier public qui l'a reçu soit capable et compétent. Il faut aussi que les témoins qui ont figuré dans cet acte présentent toutes les conditions d'aptitude voulues par la loi. Ces conditions sont déterminées, pour les actes de l'état civil, par l'art. 37 du Code, pour la généralité des actes notariés, par les art. 9 et 10, § 2 de la loi du 25 ventôse an XI, pour les testaments par les art. 975 et 980 du Code, qui forment un système complet de législation spéciale sur la capacité des témoins en matière de dispositions de dernière volonté. Ces conditions ont trait notamment au sexe, à l'âge, à la jouissance des droits civils et politiques, à la parenté, à l'alliance, etc.

Ainsi les témoins doivent toujours être mâles et majeurs. Ils doivent être citoyens français, c'est-à-dire jouir de la plénitude de leurs droits civils et politiques, quand il s'agit de la plupart des actes notariés.

Il est nécessaire seulement qu'ils jouissent de leurs droits civils, en matière de testaments.

Dans les actes notariés ordinaires, les témoins ne peuvent être parents ou alliés du notaire ou des parties en ligne directe, à quelque degré que ce soit, et en ligne collatérale jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement.

Dans les testaments, ils ne peuvent être pris, ni parmi les légataires, ni parmi leurs parents jusqu'au 4e degré inclusivement.

Si l'une de ces conditions fait défaut chez les témoins instrumentaires, l'acte auquel ils auront concouru sera nul, en principe.

41. Il est possible toutefois que les parties, que l'officier public aient été, en choisissant les témoins, sous l'empire d'une erreur commune à peu près invincible, qu'un ensemble de circonstances ne leur ait pas permis de découvrir le vice qui les rendait incapables. Il est généralement admis que, dans ce cas, la capacité putative des témoins équivaut à leur capacité réelle. S'il est un adage conforme au plus simple bon sens, c'est celui *qu'à l'impossible nul n'est tenu*, et on ne saurait, sans jeter le trouble dans les transactions privées, rendre les parties victimes d'une faute qu'elles n'ont pas commise.

Digitized by Google

42. Cette doctrine est applicable à tous les actes publics sans exception. On a vainement essayé de soutenir qu'elle ne pouvait être étendue à la donation et au testament, qui sont des actes solennels. Il n'y a évidemment aucune raison de la repousser, quand il s'agit de dispositions entre-vifs ou testamentaires; les mêmes motifs commandent la même solution[1]. On serait d'autant moins fondé à distinguer, que l'origine de notre règle sur la capacité putative des témoins se trouve dans des textes relatifs au testament; aussi s'était-on demandé si ce n'était pas là une faveur spéciale, exceptionnelle.

43. La doctrine que nous venons d'indiquer a été adoptée par la plupart des auteurs[2].

Elle a été consacrée par de nombreux arrêts dans des cas où le témoin était incapable, à raison de sa nationalité, ou de la privation des droits civils et politiques qu'il avait encourue[3].

44. Pour que l'erreur commune puisse être invoquée, la simple notoriété ne suffirait pas; il faut que l'erreur s'appuie sur une série d'actes multipliés et nombreux, qui constituent pour le témoin une possession paisible et publique de l'état qu'elle suppose. Cette possession doit être si bien caractérisée, qu'il ait

[1] Solon, *loc. cit.*, n° 379.

[2] Voir Merlin, *Rép.* v° *Ignorance*, § 11, n° 9, v° *Témoin instrumentaire*, § 11, n° III, 26°;—Toullier, t. III, n° 407;—Duranton, t. IX, n° 109; — Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 256, note *a*; —Troplong, *Don. et test.*, t. III, n°s 1686 et 1687;—Massé et Vergé, t. III, p. 104; —Demante, t. IV, n° 125 *bis*, V; Marcadé, art. 980; — Vazeille, art. 980, n° 12; — Coin-Delisle, art. 980, n° 44;—Aubry et Rau sur Zachariæ, t. VIII, p. 204, texte et note 22, t. VII, p. 120 et 121, texte et note 27, 28 et 29; — Demolombe, *Don. et test.*, t. IV, n° 220. *Contra* : Laurent, t. XIII, n° 284.

[3] *Sic*, Cass. req., 28 juin 1831 (P. chr. t. XXII, p. 1751);— il s'agissait d'un témoin étranger qui avait figuré dans un contrat de mariage. — Les arrêts suivants sont relatifs à des témoins testamentaires : Cass. 28 février 1821 (P. chr., t. XVI, p. 413), 10 mars 1824 (P. chr., t. XVIII, p. 512); — Toulouse, 10 mai 1826 (P. chr., t. XX, p. 477; — Cass. 18 janv. 1830 (P. chr., t. XXIII, p. 57);—Amiens, 26 juin 1838 (P. 39, t. II, p. 289);—Douai, 26 mars 1873 (P. 73, p. 1080);—Amiens, 8 juillet 1873 (P. *ibid.*, p. 1081); —Cass. req., 6 mai 1874 (P. 74, p. 1288):—1er juillet 1874 (P. 75, p. 616); Arrêts concernant des témoins en matière de donations : Cass. req. 12 déc. 1882 (P. 83, p. 1153). — Douai, 13 août 1884 (P. 84, p. 1010).

Digitized by Google

été impossible pour les tiers de se préserver de l'erreur, et qu'il y ait eu, tout au moins, de leur part une erreur quasi-invincible.

45. Aucun doute ne pourrait s'élever si le témoin étranger avait rempli en France des fonctions publiques [1].

Mais cette circonstance n'est pas absolument nécessaire. Un arrêt de cassation [2] du 18 janvier 1831 (Dame Wolf c. Rueff) a très justement établi que l'erreur commune, qui peut faire considérer comme citoyen français l'individu d'origine étrangère, résidant en France, s'établit par sa participation aux bénéfices et aux charges attachés à la qualité de citoyen.

Dans l'espèce jugée par cet arrêt, il s'agissait d'un testament public fait en 1810, auquel avait concouru un témoin d'origine badoise. Il était constant que, depuis de longues années, ce témoin habitait l'Alsace, et qu'il n'avait manifesté aucun esprit de retour. En 1860, il avait épousé une Française ; dans son acte de mariage, le maire lui avait donné la qualité de citoyen habitant de Colmar. Un arrêté spécial l'avait déclaré citoyen de cette ville ; il y avait établi une boutique de cordonnier ; il avait supporté toutes les charges publiques et communales, il avait servi dans la garde nationale, voté avec les autres citoyens, et servi de témoin dans de nombreux actes. Il résultait de ces faits que l'autorité elle-même l'avait toujours considéré comme citoyen français, et que l'opinion générale lui attribuait cette qualité.

Un arrêt de la Cour d'Amiens du 28 juin 1838 [3] et un arrêt de la Cour suprême du 6 mai 1874 [4] ont décidé aussi qu'un étranger avait pu servir de témoin dans un testament authentique, sans le vicier de nullité, si cet étranger, domicilié et établi en France depuis longtemps, incorporé dans la garde nationale et porté sur la liste électorale ainsi que sur la liste du jury, ayant voté plusieurs fois et ayant servi de témoin dans d'autres actes, était généralement reconnu pour citoyen français.

[1] P. chr. t. XXIII, p. 57.

[2] P. chr. t. XXIII, p. 1751.

[3] P. 30, 2, p. 515.

[4] P. 74, p. 1208. *Contra* : Pau, 21 août 1835 sous Cass., 24 juillet 1839. (P. 39, 2, p. 289).

Digitized by Google

Ces principes ont été également appliqués par un arrêt de la Cour de Douai du 13 août 1887 [1] dans une espèce où un individu condamné pour vol à la peine de dix jours d'emprisonnement avait été appelé comme témoin instrumentaire dans un acte de donation.

46. Telles sont les principales circonstances qui peuvent servir de base à l'erreur commune et fonder la capacité putative d'un témoin. L'application de notre maxime a été, toutefois, rejetée dans certaines hypothèses. Ainsi, d'après un arrêt de la Cour d'Amiens du 8 juillet 1873 [2], la nullité d'un acte de donation, auquel a concouru comme témoin un failli non réhabilité, ne peut être écartée lorsque le fait de la faillite ne remonte pas à une époque éloignée et qu'il a reçu toute la publicité possible. Peu importe que le failli n'ait pas cessé d'être inscrit sur les listes électorales.

Un arrêt de la Cour de Rouen du 12 mai 1839 [3] a consacré la même solution pour un failli témoin dans un acte respectueux.

47. Nous avons maintenant une question importante à nous poser.

On s'est demandé si la capacité putative d'un témoin instrumentaire pouvait équivaloir à sa capacité réelle, quel que fût le genre d'incapacité qui se rencontrait dans la personne de ce dernier.

Certains auteurs [4] ont soutenu que la maxime *error communis facit jus* n'était applicable qu'au cas où l'incapacité résultait de l'extranéité ou de la privation des droits civils et politiques. Elle devrait être repoussée quand elle tient au sexe, à l'âge, à la parenté, à l'alliance.

L'erreur invincible est, disent-ils, impossible à rencontrer quand il s'agit d'un témoin qui, à raison d'un empêchement provenant de l'une de ces causes, n'était pas apte à figurer dans un acte.

[1] P. 84, p. 1010.
[2] P. 73, p. 1081.
[3] P. 39, 2, p. 58.
[4] Voir Toullier, Grenier, Vazeille, Coin-Delisle, *loc. cit.* ; — Delvincourt t. II, p. 83, note *i* ; — Turin, 17 fév. 1806 (S. 1806, 2, p. 887).

UNIV. OF MICH. LAW LIBRARY

Digitized by Google

Tout d'abord, l'hypothèse où une femme se serait fait attribuer le sexe qui ne lui appartient pas et serait parvenue à tromper les yeux les plus clairvoyants, au moyen d'un déguisement, cette hypothèse nous paraît être du pur domaine de la légende et de la fantaisie; laissons-la de côté. Occupons-nous des hypothèses où un témoin mineur, parent ou allié au degré prohibé, soit du notaire, soit des parties, a concouru à un acte.

L'erreur est, assure-t-on, facile à reconnaître dans ces divers cas. L'aspect extérieur et physique d'un témoin est de nature à faire naître des doutes sur son âge réel. Ces doutes, il est aisé de les faire disparaître en exigeant la production de l'acte de naissance. Il ne peut s'agir, du reste, que d'un mineur qui touche à la majorité. Comment pourra-t-on invoquer, dans ce cas, une longue et paisible possession de l'état de majeur, sur laquelle l'erreur commune doit s'appuyer?

L'erreur serait aussi facile à découvrir, s'il s'agissait de liens de parenté ou d'alliance; les relations de parenté sont ordinairement connues; le notaire, ou les parties qui ont choisi le témoin n'ont-elles pas à s'imputer, avant tout, un oubli, une inadvertance?

48. Quant à nous, nous estimons que la maxime *error communis facit jus* est applicable d'une façon générale, quel que soit le genre d'incapacité du témoin instrumentaire [1].

Sans doute, l'erreur sera plus difficile à rencontrer, quand l'incapacité du témoin proviendra, soit de l'âge, soit de la parenté ou de l'alliance, et on devra ne l'admettre alors qu'avec plus de circonspection et de réserve. Elle n'est pas toutefois absolument impossible, ainsi qu'on pourra en juger dans un instant par les arrêts que nous allons citer.

Supposons le cas où un mineur se trouve loin de son pays d'origine. Il peut offrir toutes les apparences d'un âge plus avancé, passer pour majeur, et avoir concouru en cette qualité à des actes nombreux. Il n'y a eu de la part des tiers aucune espèce de négligence. Sera-t-il équitable d'invoquer vis-à-vis d'eux la rigueur inflexible du droit?

[1] *Sic* Troplong, Demolombe, Aubry et Rau sur Zachariæ, *loc. cit*; —Massé et Vergé, t. III, p. 104; — Demante, t. IV, n° 115 *bis*, V.

Digitized by Google

De même, il n'est pas toujours facile de découvrir le lien de parenté ou d'alliance. Supposons un testament fort compliqué dans lequel les légataires sont très nombreux; ils ne sont pas nettement indiqués; on ne sait pas, au moment de l'acte, quels sont ceux qui seront appelés à ce titre, et la plus grande incertitude règne sur ce point. Si on a choisi pour témoin un parent des futurs légataires, serait-il juste de faire supporter aux bénéficiaires les conséquences d'un vice qu'ils n'ont pu soupçonner?

Dans tous ces cas, l'application de la maxime s'impose; la repousser, ce serait enlever aux tiers toute espèce de sécurité.

49. Parcourons maintenant les principales solutions données par la jurisprudence.

Occupons-nous tout d'abord de l'incapacité tenant à la parenté ou à l'alliance.

La déclaration du témoin, qu'il n'est ni parent ni allié au degré prohibé, ne saurait évidemment, à elle seule, couvrir la nullité de l'acte[1].

Voici cependant une espèce où l'application de la maxime était parfaitement justifiée par les circonstances de la cause.

Un testateur avait institué des légataires universels à la charge de payer 60 fr. à chacun de ses filleuls et filleules. Or, l'un des témoins était cousin-germain par alliance de l'un de ces filleuls, qui étaient fort nombreux; cet empêchement était ignoré de tout le monde, au moment où l'acte avait été dressé. Le testament dressé dans ces conditions était-il nul?

La Cour d'Agen se prononça pour sa validité, en se fondant sur l'erreur commune. Le pourvoi dirigé contre cette décision fut rejeté par un arrêt de la Cour de cassation du 31 juillet 1834[2].

50. La chambre des requêtes de la Cour de la cassation a statué, par un arrêt du 18 juin 1866[3], sur une autre hypothèse qui présentait aussi un certain intérêt.

La veuve Hiver était décédée laissant quelques cousins germains et un grand nombre de cousins issus de germains. Elle avait fait un testament public, aux termes duquel sa succession devait être

[1] Cass. req., 4 février 1850 (D. 50. 1, p. 108).

[2] Dalloz, *Rép.*, v° *Disp. entre-vifs et testament.*, n° 3194.

[3] P. 66, p. 1050.

Digitized by Google

partagée entre ses parents par branches, sans distinction de ligne paternelle et maternelle, les enfants venant par représentation de leurs parents.

Un des témoins instrumentaires, le sieur Alexis Saingery était allié au 4e degré de Florence Tauton, l'un des nombreux légataires non dénommés dans le testament.

Le testament ayant été attaqué, le tribunal valida cet acte. Mais la Cour de Metz réforma cette décision, par arrêt du 23 mars 1865[1]. La Cour releva ces faits, que la testatrice savait que Florence Tauton était au nombre des parents qu'elle entendait gratifier; elle habitait la même commune que cette dernière et le témoin Saingery, et elle pouvait connaître facilement les relations de parenté du témoin avec celle-ci. La Cour suprême rejeta, vu l'état des constatations souveraines de cet arrêt, le pourvoi dont il avait été l'objet.

51. La Cour de Douai a également refusé par un arrêt du 26 mars 1873[2], de valider un testament authentique, dans lequel un témoin était allié au degré prohibé de l'un des légataires, parce que, d'après les circonstances de la cause, cette affinité pouvait être facilement connue et constatée.

Le sieur François Lefèvre était décédé, après avoir, par testament authentique, institué comme légataires ses divers parents. Parmi eux se trouvait Adolphine Ancelin, veuve du sieur Hippolyte Facon. Cette dernière n'était pas nommée dans le testament, elle n'y était qu'implicitement désignée; cet acte appelait à la succession la famille de Pierre Ancelin, dont elle était descendante. Parmi les témoins figurait le sieur Pierre Facon, qui était l'allié au 4e degré de cette légataire.

Le testament fut attaqué. On excipa vainement, pour sa validité, de la capacité putative du témoin et de l'erreur commune. La Cour de Douai annula le testament. Elle releva ce fait, que le testateur, le témoin et la légataire habitaient tous des localités qui étaient les mêmes ou qui étaient voisines, qu'il n'était pas démontré, dès lors, qu'ils eussent été sous l'empire d'une erreur à laquelle ils n'auraient pu échapper.

[1] P. 65. p. 935.
[2] P. 73, p. 1080.

Digitized by Google

52. L'application de notre maxime a été faite à l'incapacité résultant de l'âge par un arrêt de la Cour d'Aix du 30 juillet 1838[1].

Un testament avait été reçu au Beausset (Var) par Me Queirel, notaire. Au nombre des témoins figurait le sieur Recoux, alors âgé de 21 ans moins 23 jours. Cet individu était établi depuis quelque temps dans cette localité. Il se donna comme majeur, et fut accepté comme tel. L'erreur était d'autant plus admissible, qu'avant le testament en question, il avait figuré comme témoin dans une série d'actes publics, au nombre de 20 au moins, reçus par un autre notaire du Beausset. De même, après le testament, il avait concouru en la même qualité à d'autres actes.

Ce testament, ayant été attaqué, le tribunal de Toulouse le valida en se basant sur l'erreur commune.

« Attendu, porte le jugement, que vainement on voudrait, « pour l'application du principe de l'erreur commune, faire des « distinctions sur la nature des incapacités des témoins; qu'en « admettant, pour certains cas, ce principe exceptionnel, protec- « teur de la bonne foi, par des raisons dont la puissance a été « reconnue dans tous les temps, et surtout par celle bien légi- « time d'une grave perturbation d'intérêts majeurs et nombreux, « on est obligé de l'admettre dans tous les cas où les mêmes rai- « sons se produisent, à la condition de ne l'appliquer qu'avec « une juste et sage mesure... »

53. Il est facile de voir, d'après tous ces arrêts, que les faits ont une influence décisive et prépondérante sur la solution du point de savoir si l'erreur commise est une de celles qui justifient ou non l'application de la maxime. Pour qu'elle soit admise, il faut, en résumé : 1° que l'erreur soit générale; 2° qu'elle soit, tout au moins, à peu près invincible. Les tribunaux ont sur ces points un pouvoir souverain d'appréciation.

CHAPITRE II.

Des rapports juridiques avec les incapables.

54. Notre maxime n'est pas seulement applicable aux actes dressés par les officiers publics; elle régit aussi les rapports juridiques avec les incapables.

[1] P. 39. 1, p. 367.

Digitized by Google

Nous nous occuperons successivement des rapports, soit avec les représentants des incapables, soit avec les incapables eux-mêmes.

SECTION I.

Des rapports juridiques avec les représentants des incapables.

55. Supposons qu'un mineur ait été représenté par un tuteur, dont la nomination était irrégulière et a été annulée plus tard, ou bien par un tuteur, chez lequel se rencontrait une cause d'incapacité ou d'exclusion. Demandons-nous quel sera le sort des actes que ce dernier aura passés avec des tiers de bonne foi. Si l'on s'en tenait à la rigueur du droit, ces actes devraient être impitoyablement annulés, et peu importerait la bonne foi des tiers. Mais une telle solution jetterait le trouble le plus profond dans les transactions. La justice s'oppose évidemment à ce que ces tiers soient inquiétés; la maxime doit les protéger, comme elle protège ceux qui ont eu recours à un officier public dont la nomination était entachée d'un vice, à un témoin chez lequel les conditions d'aptitude faisaient défaut[1].

56. Ces principes ont été admis par plusieurs arrêts.

D'après un arrêt de la Cour de Colmar du 27 avril 1813[2], la nullité de la délibération d'un conseil de famille, qui avait nommé un tuteur et dans lequel on avait négligé d'appeler l'aïeule, n'entraînait pas la nullité des actes faits de bonne foi par ce tuteur.

Cette doctrine a été appliquée par un arrêt de la Cour de Montpellier du 12 mars 1833[3], à une action en désaveu formée par le père contre un tuteur *ad hoc* de l'enfant, nommé par un conseil de famille irrégulièrement composé; on n'y avait fait figurer que des amis, bien qu'il y eût des parents dans le rayon déterminé.

La Cour déclare que néanmoins la procédure sera valable, à raison de la bonne foi des parties.

[1] *Sic*, Duranton, *loc. cit.*, nos 101, 479; — Magnin, *Tr. des minorités*, t. Ier, no 546; — Aubry et Rau sur Zachariæ, t. I, p. 469 et 470, texte et note 11.

[2] P. chr., t. XI, p. 323. Voir aussi Cass. 14 oct. 1876 (S. 1806. 1. 415).

[3] P. chr., t. XXV, p. 260.

Digitized by Google

57. C'est en s'appuyant sur les mêmes principes qu'un arrêt de la Cour de cassation du 25 mars 1823[1] a décidé que des actes faits par des syndics de faillite irrégulièrement nommés étaient valables vis-à-vis des tiers de bonne foi. Dans cette espèce, des créanciers non vérifiés avaient concouru à la nomination des syndics.

58. Nous avons supposé jusqu'ici un tuteur datif ou testamentaire. Que devra-t-on décider s'il s'agissait d'une personne qui était appelée à la tutelle par la loi, et qui, malgré les causes d'incapacité ou d'exclusion dont elle était atteinte, aurait exercé de fait et publiquement ces fonctions? Que deviendraient les actes faits de bonne foi avec elle par les tiers?

59. MM. Aubry et Rau[2] n'hésitent pas à les valider, tout en soutenant que, dans la rigueur des principes, notre maxime n'est pas applicable.

Nous admettons volontiers la solution enseignée par ces savants jurisconsultes; mais nous pensons, contrairement à leur avis, qu'elle est dictée par notre maxime elle-même. Nous avons vu, en effet, quelle extension lui avait été donnée par l'avis du Conseil d'État du 2 juillet 1807. Nous avons montré que notre adage avait été appliqué à des personnes qui s'étaient immiscées sans droit ni qualité dans les fonctions qu'elles exerçaient. On ne voit pas, dès lors, pourquoi on en refuserait le bénéfice à un tuteur, que les liens du sang appelaient à ces fonctions, et qui ne pouvait en être écarté que par des causes probablement ignorées des tiers.

Un arrêt de la Cour de Colmar du 25 juillet 1812[3] se rattache à cet ordre d'idées.

En 1810, le sieur Diehl était devenu tuteur légal des enfants mineurs du sieur Hellmuth, domiciliés à Dombach (Haut-Rhin), dont il était l'aïeul.

En 1814, il cessa d'être Français et devint sujet du roi de Prusse par suite d'un de ces événements trop fréquents dans notre histoire, et de la réunion à ce pays du lieu de son domicile.

[1] P. chr., t. XVII, p. 994.
[2] T. I, p. 470, texte et note 12.
[3] P. chr., t. XIV, p. 377.

Digitized by Google

Malgré cette circonstance, il interjeta appel, en 1817, d'un jujement rendu entre ses pupilles et leur oncle, le sieur Hellmuth. Celui-ci soutint que l'appel était non-recevable, le sieur Diehl n'ayant pu conserver ses fonctions de tuteur, puisqu'il avait perdu la qualité de citoyen français. Mais la Cour de Colmar rejeta ce moyen, en se fondant sur ce que, jusqu'à son remplacement, le tuteur, devenu incapable, avait pu faire valablement tous actes conservatoires dans l'intérêt du mineur.

59. Les principes que nous venons de poser nous conduisent à valider les actes faits par le tiers de bonne foi avec un ancien tuteur depuis que sa nomination a été révoquée ou annulée. Ici notre doctrine peut puiser, en outre, des arguments d'analogie dans les art. 2008 et 2009 du Code civil. Le premier de ces articles déclare valables les actes faits par le mandataire dans l'ignorance des causes qui ont fait cesser son mandat. Le second porte que les engagements du mandataire seront exécutés à l'égard des tiers de bonne foi. Il faut étendre au mandat légal les règles édictées pour le mandat conventionnel, avec d'autant plus de raison que, par l'effet d'une lacune regrettable de nos lois, aucune publicité n'accompagne les délibérations prononçant la destitution ou l'exclusion de la tutelle. Dans ces conditions, les tiers qu'aucun avis n'a prévenu de ces vices seront fondés à exciper de leur entière bonne foi et à invoquer le bénéfice de la maxime [1].

60. Toutes les solutions que nous venons de parcourir se rapportent aux cas où les tiers sont en présence d'un tuteur irrégulièrement nommé, incapable ou destitué. Mais que devrait-on décider si la nomination de ce tuteur est absolument irréprochable, s'il présente toutes les conditions d'aptitude exigées par la loi, et que néanmoins les actes passés avec les tiers, et pour lesquels l'autorisation du conseil de famille était indispensable, aient été consentis en vertu d'une délibération irrégulière ?

Nous pensons qu'en principe, ces actes devront être valables, si les tiers ont été de bonne foi. Il faudra cependant distinguer entre les vices de forme, qui peuvent entacher cette délibération. Si ces vices sont de nature à la faire considérer comme inexis-

[1] Voir, en ce sens, Demolombe, t. VII, n° 508; — Auqry et Rau sur Zachariæ, t. I, p. 477, texte et note 12.

Digitized by Google

tante et non avenue, si, par exemple, l'assemblée n'a pas été présidée par un juge de paix, si le nombre des membres convoqués est inférieur à six, etc, les tiers pourront invoquer plus difficilement leur bonne foi pour faire valider les actes qui leur ont été consentis. Il y a, dans ce cas, presque toujours une erreur grossière de leur part; ils étaient tenus de vérifier si l'autorisation, condition *sine qua non* de l'acte qu'ils ont passé était absolument regulière; un examen un peu sérieux de la délibération leur aurait bien vite révélé les vices dont elle était infectée. Mais si, au contraire, l'irrégularité est une de celles qui sont susceptibles d'entraîner ou non, suivant les circonstances, la nullité de la délibération, si, par exemple, le conseil de famille avait été présidé par un juge incompétent, nous estimons que les conventions conclues avec les tiers en suite de cette délibération devront être maintenues, par application de notre maxime, si ces tiers ont été de bonne foi, et qu'il n'y ait, à leur reprocher ni dol ni connivence coupable [1]. Il y avait là, en effet, une irrégularité peu apparente, que l'examen de la délibération ne pouvait pas aisément révéler.

Il serait aussi injuste que contraire au crédit du mineur lui-même d'annuler des actes passés dans ces conditions.

Cette doctrine a été consacrée par plusieurs décisions, et notamment par des arrêts de la Cour suprême du 3 avril 1838 [2], de la Cour de Nîmes du 12 mai 1838 [3], de la Cour de Douai du 1er août 1838 [4].

Elle a été surtout affirmée, avec la plus grande netteté, par l'arrêt de Nîmes, dont nous dirons quelques mots.

Voici l'exposé des faits sur lesquels elle avait à statuer : Le sieur Pons-Laugier était décédé, en 1815, à Vitrolles, arrondissement d'Apt, laissant des enfants mineurs.

En 1817, à la requête de la veuve, leur mère et tutrice légale, le conseil de famille fut convoqué devant l'un des juges de paix

[1] Compar. Aubry et Rau sur Zachariæ, t. I, p. 396, texte et note 37 p. 397, texte et note 38; — Demolombe, t. VII, n° 331; — Duranton, t. III, n° 479; —Toulier, t. II, p. 35.

[2] P. 38. 1. 451.

[3] P. 38, t. II, p. 430.

[4] S. 40. 2, p. 21. — *Contra :* Cass. 11 mai 1842 (P. 42. 1. p. 711).

Digitized by Google

d'Avignon. Une délibération de ce conseil autorisa la vente publique des immeubles faisant partie de la succession du père, et sis à Vitrolles. Un jugement du tribunal d'Avignon homologua cette délibération, et ordonna la vente devant un notaire. Ce jugement fut exécuté. A l'époque de leur majorité, les enfants Pons-Laugier demandèrent la nullité de ces ventes, à raison de l'irrégularité de la délibération du conseil de famille qui avait été présidé par un juge de paix incompétent. Le domicile du défunt était, disaient-ils, à Vitrolles ; c'était là que s'était ouverte la tutelle (art. 402, Code civ.). Le jugement du tribunal d'Avignon et les ventes qui l'avaient suivi devaient, d'après eux, être annulés.

Mais la Cour de Nîmes rejeta cette action, en se fondant sur la maxime et la bonne foi des acquéreurs. Ceux-ci s'étaient trouvés en présence de délibérations du conseil de famille, dont ils ne pouvaient connaître les vices, puisqu'elles portaient que Pons-Laugier était domicilié à Avignon, et d'un jugement homologatif de ces délibérations, et ils avaient été, dès lors, sous le coup d'une erreur invincible.

SECTION II.

Des rapports juridiques avec les incapables eux-mêmes.

61. Nous examinerons plus spécialement le cas dont les auteurs se sont surtout préoccupés, celui des rapports juridiques des tiers avec les femmes mariées. L'erreur commune peut-elle couvrir les actes faits par une femme, qui n'aura pas été pourvue de l'autorisation maritale ?

Le principe posé par les lois romaines est toujours exact. C'est à celui qui traite avec un incapable de se renseigner au préalable sur sa condition juridique. Si l'acte a été passé au mépris des dispositions légales, l'acte est nul; il est infecté d'une nullité, qui a été édictée dans l'intérêt seul de l'incapable, que lui seul peut invoquer (art. 225, C. civ.). D'un autre côté, la nécessité de l'autorisation maritale domine tous les actes judiciaires ou extra-judiciaires de la femme mariée. Elle repose sur des considérations d'un ordre supérieur, sur le respect de l'autorité du chef de la famille, et sur la protection qui est due aux intérêts collectifs du ménage.

Ce double principe souffre-t-il une exception, quand les tiers

Digitized by Google

ont contracté sous l'empire de la plus entière bonne foi et d'une erreur générale, commune, quand tout les autorisait à penser que la femme mariée n'avait pas besoin de l'autorisation requise, qu'elle était fille majeure, veuve ou femme divorcée? Telle est la question que nous avons à résoudre.

62. Malgré les hésitations d'une partie de la doctrine, nous pensons que notre maxime est encore applicable dans ce cas. Nous avons vu que le sénatus-consulte Macédonien l'avait étendue, par une disposition formelle, aux rapports avec les mineurs. Pothier l'appliquait aussi aux relations juridiques avec les femmes mariées.

L'adage *error communis facit jus* a passé évidemment dans notre législation avec la portée que lui avaient donnée le droit romain et nos anciens juristes; nous avons même démontré que l'avis du Conseil d'État du 2 juillet 1807 lui avait donné une nouvelle extension. La règle essentiellement tutélaire de l'erreur commune vient encore ici corriger tout ce qu'il y aurait d'inique dans la rigueur du droit, et sauvegarder l'honnêteté des contrats.

63. Ce point une fois établi, recherchons quelles sont les applications de l'adage en ce qui concerne les actes passés avec une femme mariée non autorisée.

Il faut, tout d'abord, pour déblayer le terrain de la discussion, écarter l'hypothèse où la femme mariée se serait bornée à affirmer faussement aux tiers qu'elle était fille, veuve, femme divorcée ou autorisée. Nous supposons, bien entendu, qu'il n'y a eu de sa part qu'un pur mensonge, qu'elle ne s'est livrée à aucune manœuvre dolosive, et que les tiers n'étaient pas en présence d'un ensemble de faits qui pussent faire naître une erreur générale et presque invincible.

Dans ce cas, il est à peu près unanimement admis [1] que la femme est recevable à opposer aux tiers le défaut d'autorisation. Cette doctrine s'appuie sur un puissant argument d'analogie tiré

[1] Voir en ce sens, Merlin, *Rép.*, v° *Autorisation*; — Pothier, *Puissance maritale*, n°s 53 et 54; —Toullier, t. II, n° 622;—Duranton, t. II, n°s 462 et 495;—Vazeille, t. II, n° 312; — Taulier, t. I, p. 348;—Demol. t. IV, n° 327;—Aubry et Rau sur Zachariæ, t. V, p. 168, texte et note 127. *Contrà* : Marcadé, art. 225, III.

Digitized by Google

de l'art. 1307 du Code civil. Une simple déclaration, qui pourrait devenir de style, ne saurait suffire pour affranchir la femme de la nécessité de l'autorisation. Du reste, les tiers n'ont pas à se plaindre ; ils sont alors victimes de leur propre négligence, et la loi ne protège pas les négligents.

64. Mais la situation des tiers est parfois beaucoup plus favorable. La femme peut avoir employé des manœuvres dolosives pour faire croire à une capacité qu'elle n'avait pas. Elle a produit, par exemple, un faux acte de décès de son mari, une prétendue autorisation. Ou bien encore, elle a soigneusement caché le mariage qu'elle avait contracté, soit en France, soit à l'étranger ; par sa manière de vivre, par l'ensemble de ses actes, elle a persuadé aux tiers qu'elle était capable de s'obliger. Dans tous ces cas, sera-t-elle fondée à se prévaloir du défaut d'autorisation ?

Nous ne le pensons pas, et telle est l'opinion de la majorité des auteurs [1].

La maxime *error communis*... couvre, dans ces hypothèses, les actes faits par les tiers, et les rend valables, tout au moins à l'égard de la femme.

Cette règle est corroborée, non seulement par les préceptes de la morale la plus élémentaire, mais encore par les principes eux-mêmes du droit.

Dans la législation romaine, la femme était déjà responsable de son dol. Ainsi le sénatus-consulte Velléien refusait toute action en restitution, à raison des obligations qu'elle avait contractées pour autrui, à la femme qui avait trompé le créancier [2]. Ces principes ont passé dans nos lois. L'art. 1310, C. civ., porte que le mineur n'est point restituable contre les obligations résultant de son délit ou de son quasi-délit. La femme mariée ne saurait jouir de plus d'immunités que le mineur, dont la responsabilité peut être discutable. Elle doit donc répondre, comme lui, de

[1] Voir en ce sens, Pothier, *loc. cit.*, n°s 28 et 54 ; — Toullier, t. II, n°s 623 et 624 ; — Duranton, t. II, n°s 462, 464 et 495. ; — Vazeille, t. II, n° 313 ; — Dalloz, *Jurispr. générale*, X, p. 138 ; — Demolombe, t. IV, n°s 328 et 332 ;—Aubry et Rau sur Zachariæ, t. V, p 168, texte et note 126, p. 169, texte et note 128.

[2] L. 2, § 2, 3 et 30, D. *Ad senatusc. Vell.*, lib. XVI, tit. I, 5 et 18, Cod. *eod titul.*, lib. IV, tit. XXIX.

Digitized by Google

ses délits et quasi-délits. Les rigueurs de la dotalité fléchissent devant cette responsabilité; l'inaliénabilité et ses entraves cessent d'être opposables aux tiers, toutes les fois que la femme est tenue à raison de l'une de ces causes. Enfin, la femme peut être obligée en vertu de l'art. 1382 Code civ., d'après lequel toute personne doit réparer le dommage provenant de sa faute. Or, le dédommagement le plus naturel, le plus logique, est le maintien du contrat lui-même.

65. Dans les hypothèses que nous venons d'examiner, la femme est non recevable à exercer l'action en nullité tirée de l'art. 225, C. civ.

Il y a lieu, toutefois, de distinguer à l'égard du mari, si la fraude a été commise par la femme seule, ou par les deux époux.

Si le mari est resté complétement étranger aux actes par lesquels sa femme a induit le public en erreur, il ne peut souffrir en rien de ce que l'action en nullité est refusée à cette dernière; il ne sera pas atteint dans la situation qu'il tient des conventions matrimoniales, et il aura, dans ces limites, le droit de faire valoir l'action en nullité que la loi lui accorde [1].

Que si, au contraire, les deux époux ont participé à la fraude, l'action en nullité sera refusée à l'un et à l'autre.

66. Cette doctrine a pour elle plusieurs arrêts. Mentionnons tout d'abord un arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation du 30 août 1808 [2], qui a statué sur le cas suivant :

Le mariage du sieur Sainson-Taxis avec la princesse de Beauffremont avait été tenu secret jusqu'au jour du décès de cette dernière, arrivé en l'an XIII.

Le mariage fut attaqué, mais il fut déclaré valable. Durant sa vie, la dame Sainson-Taxis avait, sous le nom de dame de Beauffremont, contracté diverses obligations. Son mari en demanda la nullité en excipant du défaut d'autorisation. Ces obligations furent néanmoins validées parce que, si le public avait ignoré le mariage du demandeur avec la princesse de Beauffremont, *c'était à lui seul de se reprocher de l'avoir induit dans une erreur invincible à cet égard.....*

[1] Aubry et Rau sur Zachariæ, t. V, p. 169.

[2] P. chr., t. VII, p. 120.

Digitized by Google

Un arrêt de la Cour d'Agen du 8 novembre 1832 [1] a consacré la même solution dans une affaire où le mariage avait été tenu également secret par les deux époux.

67. Un arrêt de la Cour de Grenoble du 23 décembre 1822 [2] est relatif au cas où une femme mariée avait pris, à l'aide du dol, la qualité de veuve.

Le sieur Claude Allard avait quitté sa femme et avait disparu de Grenoble, où il avait son domicile. Il demeura absent pendant vingt-cinq ans environ. Puis, il revint en 1813, et fut admis à l'hospice de cette ville, où il décéda en 1821.

Pendant son absence, sa femme répandit le bruit de sa mort. Elle se fit passer pour veuve; elle était notoirement réputée telle dans le public; cette erreur persista même après le retour du mari, qui fut ignoré. En décembre 1815, la dame Allard souscrivit, en prenant la qualité de veuve, à la dame Mayousse, deux obligations s'élevant, en tout, à 8.000 fr. environ.

La dame Mayousse ayant réclamé le paiement des intérêts de sa créance, les époux Allard opposèrent la nullité résultant du défaut d'autorisation.

La dame Mayousse invoqua, de son côté, l'erreur commune à la faveur de laquelle devaient être validées les obligations dont la nullité était discutée.

La Cour de Grenoble fit très justement droit à ses prétentions. Elle écarta l'action en nullité formée par la dame Allard, parce que c'était par son dol que l'autorisation requise n'avait pas eu lieu. Elle repoussa en même temps l'action intentée par le sieur Allard, sa femme n'ayant que des biens paraphernaux, dont elle s'était réservé l'administration et la jouissance, et le mari ne pouvant demander la nullité des obligations que dans le cas où elles nuisaient à ses intérêts.

Le pourvoi dirigé contre cette décision fut rejeté par un arrêt de la Cour de cassation du 15 juin 1824 [3].

67. Il nous reste à examiner une hypothèse plus délicate, sur

[1] S. V. 32. 2, p. 563.

[2] P. chr., t. XVII, p. 760.

[3] P. chr., t. VVIII, p. 799. — Voir cependant, en sens contraire, Paris, 9 novembre 1866 (P. 67, p. 1106).

Digitized by Google

laquelle aucun arrêt n'a encore statué, à notre connaissance. La femme ne s'est livrée, nous le supposons, à aucune manœuvre dolosive pour amener les tiers à croire à la capacité qui lui faisait défaut. Elle n'a commis aucun quasi-délit, aucune faute qui puisse engager sa responsabilité, aux termes de l'art. 1382. Elle a été elle-même de la plus entière bonne foi; elle a cru, par exemple, d'après des renseignements inexacts, de faux documents, que son mari était décédé; elle a contracté, en qualité de veuve, diverses obligations. Tout le monde a agi sous l'empire d'une erreur générale, invincible; personne n'a songé à la nécessité d'une autorisation. Mais voici que tout à coup le mari reparaît, après une longue absence. Sa femme pourra-t-elle demander la nullité des contrats qu'elle a passés dans ces conditions?

Nous ne le pensons pas [1]. Ici, notre maxime ne peut s'appuyer ni sur l'art. 1310, ni sur l'art. 1382. Mais elle se suffit à elle-même et doit entraîner la validité des actes passés par la femme. Telle était l'opinion de Pothier, et tout nous porte à penser que notre Code a suivi la doctrine de l'illustre jurisconsulte, son guide habituel dans la matière des obligations.

68. Pour que l'action en nullité exercée par la femme puisse être écartée, il faut, toutefois, que les tiers aient été entraînés au moins par une erreur presque invincible, qu'il n'y ait aucune espèce d'imprudence, de négligence à leur reprocher. La question de fait se mêle ici et se lie à la question de droit, et la domine même. Dans l'examen de cet ordre d'idées, les tribunaux apprécieront souverainement.

Tout ce que nous venons de dire s'applique, non seulement aux actes, aux contrats passés par la femme, mais encore aux instances judiciaires dans lesquelles elle a figuré [2].

69. Nous n'avons envisagé que ce qui a trait à la femme mariée. Notre doctrine doit être généralisée et étendue aux actes passés par les mineurs, les interdits, les faillis, par ceux qui ont encouru des condamnations entraînant la perte de leurs droits

[1] Voir, en notre sens, Toullier, t. II, n° 623. — Duranton, t. II, n° 495. — Demolombe, t. IV, n° 332.

[2] Voir Bordeaux, 12 germinal an XIII; — Cass. 17 août 1831, 15 nov. 1836 (P. chr.), 29 avril 1862 (P. 62, p. 1092).

Digitized by Google

civils. Seulement, en ce qui concerne ces incapacités, l'erreur commune ne pourra être admise qu'avec la plus grande circonspection. Celle du mineur est attestée le plus souvent par son aspect physique; quant aux autres, elles résultent de décisions qui ont reçu une certaine publicité, et les tiers seront plus d'une fois mal fondés à invoquer leur prétendue ignorance.

70. Nous avons une dernière question à nous poser, celle de savoir si la maxime est applicable aux actes faits sous l'empire d'une erreur commune ayant trait à l'interprétation d'une loi.

Une loi est promulguée; ses dispositions ne sont pas d'une extrême clarté. Nous supposons qu'un usage général lui a donné une fausse interprétation. Que doit-on décider à l'égard des actes qui ont eu lieu sur la base de cette interprétation?

71. Solon estime [1] que ces actes seront valables. L'ordre public et la sécurité des familles exigent, dit-il, leur maintien. Il argumente notamment des dispositions des art. 1 et 2 de la loi du 4 septembre 1807.

Par une fausse interprétation de l'art. 2148, C. civ., on avait généralement pensé qu'il n'était pas nécessaire de mentionner dans les borderaux d'inscriptions hypothécaires l'époque de l'exigibilité de la créance. La loi du 4 septembre 1807 donna un délai de 6 mois pour rectifier les bordereaux d'inscriptions qui contenaient cette irrégularité. Elle a donc implicitement reconnu que les bordereaux dressés en violation de la loi étaient valables.

« *L'erreur commune,* partagée par les agents de l'adminis-
« tration, réclame, disait l'orateur du gouvernement, le secours
« de la puissance publique et un délai pour rectifier les inscrip-
« tions désastreuses. »

Cette opinion peut se prévaloir d'un arrêt de la Cour de Rennes [2] du 27 juin 1824.

Cet arrêt décide qu'un usage notoire, général, quoiqu'il soit contraire à une loi expresse, notamment en ce qui concerne la présence du notaire en second ou des témoins à un acte authentique, doit garantir la solidité des actes faits sous son influence.

72. Quel que soit le poids de ces autorités, cette opinion ne

[1] *Loc. cit.*, n° 381.

[2] Reproduit sous Cass. 14 juillet 1825 (P. t. XIX, p. 702).

Digitized by Google

nous paraît pas admissible. Une pure erreur de droit ne saurait, à notre avis, être une situation légale, peu importe que cette erreur soit particulière ou générale. Si on adoptait l'opinion contraire, on arriverait ainsi à créer une véritable abrogation des lois par l'usage. Cela était possible en droit romain, mais ne l'est plus aujourd'hui, où l'autorité législative peut seule modifier et anéantir les lois qu'elle a édictées.

L'erreur de droit ne saurait produire d'autre effet que celui d'annuler les contrats dans lesquels elle se rencontre. Les transactions échappent exceptionnellement à cette règle (art. 2052, C. civ.). On n'est pas fondé, en principe, à invoquer une erreur de droit pour se soustraire aux prescriptions formelles de la loi. Nul n'est censé l'ignorer ; *nemo jus ignorare censetur.*

Quant à l'argument tiré de la loi du 4 septembre 1807, il n'est pas concluant. Si le législateur est intervenu pour permettre de régulariser des bordereaux irréguliers, c'était qu'évidemment l'influence de l'erreur était insuffisante pour les valider; il fallait donc, pour effacer leur vice, le recours de la puissance publique,

On nous objecterait vainement qu'en repoussant ici l'application de la maxime, nous nous mettons en contradiction avec nous-même, puisqu'avec l'avis du Conseil d'Etat du 2 juillet 1807, nous ne limitons pas l'empire de la maxime à l'erreur de fait.

Notre réponse est facile. Nous n'avons admis que l'erreur de droit puisse s'abriter sous la maxime, que quand elle est mélangée à une erreur de fait, quand elle s'appuie sur une possession, sur un ensemble d'actes qui la rend presque invincible. Mais ce que nous contestons, c'est qu'une pure erreur de droit ait le singulier privilège d'effacer, à elle seule, une loi et de créer une situation qu'il faudrait respecter.

CONCLUSION.

73. Il est temps de formuler l'idée mère qui se dégage de ce travail. La maxime *error communis facit jus* est une règle protectrice de la sécurité sociale, qui, léguée par le droit romain, étendue par l'ancien droit, a pris place dans nos Codes, grâce à la consécration que lui a donnée l'avis du Conseil d'Etat du 2 juillet 1807, passé en force de loi. L'interprète doit l'accueillir

Digitized by Google

avec d'autant plus de faveur, que sa souveraine équité vient tempérer les rigueurs du droit. La doctrine et la jurisprudence en ont fait toujours une sage application. Loin d'être une tradition qu'il faudrait répudier, c'est, au contraire, une tradition qui s'impose et dont le principe, rassurant pour l'honnêteté publique, doit dominer l'ensemble de toute bonne législation.

ERNEST VALABRÈGUE.

BIBLIOGRAPHIE.

LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DU DROIT,

Par le comte de VAREILLES-SOMMIÈRES,
Doyen de la Faculté catholique de Droit de Lille [1].
Compte rendu par M. Marcel PLANIOL, agrégé à la Faculté de droit de Paris.

Cet ouvrage doit avoir deux volumes. Le tome Ier, seul paru, est consacré presque entièrement à l'étude de deux grosses questions : l'origine de la société civile et l'origine du pouvoir dans la société civile. Cinquante pages seulement, au commencement du volume, sont employées à la définition et à la classification des lois. L'exposé des systèmes sur les deux questions indiquées se déroule ensuite dans une série de près de cinquante chapitres.

Négligeons ce qui est l'exposé des opinions d'autrui, ce que M. de Vareilles-Sommières appelle lui-même « un long inventaire des erreurs relatives à la souveraineté. » Ce n'est pas la partie neuve et originale de l'ouvrage. Il y aurait cependant beaucoup à louer dans cette discussion toujours courtoise et sincère, où rien n'est atténué ni faussé dans la pensée de l'adversaire et où l'on trouve à chaque page les preuves d'un sens critique éveillé et sûr.

Arrivons à ce qui forme la part personnelle de l'auteur et que l'on peut considérer, quoi qu'il n'ait parlé qu'en son nom, comme l'exposé des doctrines orthodoxes de l'école catholique.

L'auteur prend pour base de son système quelques principes qu'il extrait des encycliques de Pie IX et de Léon XIII et du *Syllabus*. Le premier est que : « Tout pouvoir vient de Dieu. » Il s'agit de savoir en quel sens le pouvoir est de *droit divin*.

[1] Un volume in-8, XXVI-491 pages, Paris, 1889.

Digitized by Google

M. de Vareilles-Sommières rejette d'abord l'idée que la désignation du souverain serait l'œuvre de Dieu même. « Cette thèse, dit-il, n'est prise au sérieux que par ceux qui se donnent la gloire facile de la combattre. » Personne ne l'a jamais soutenue, « si ce n'est peut-être les flatteurs de quelques princes et d'obscurs légistes. » *Obscur légiste* est un peu dur pour le vicomte de Bonald qui n'en était pas bien éloigné. L'auteur rejette également le système atténué de Joseph de Maistre, d'après lequel le souverain serait « déterminé » par la direction providentielle des événements et des volontés humaines. « Qui a établi ce gouvernement? disait l'auteur du *Pape*. La nature, le temps, les circonstances, c'est-à-dire Dieu. »

M. de Vareilles-Sommières juge nécessaire, tout en maintenant la direction générale du monde à la providence, de faire une part à la liberté humaine. Voici à quelle formule il arrive : La providence *dispose* les circonstances, mais cela ne suffit pas; il faut que l'homme en profite pour s'emparer du pouvoir. Ici se place ce qui est le point capital de sa doctrine, l'*acte libre*, la prise de possession de la souveraineté. On voit tout de suite l'objection : Si les circonstances qui favorisent la prise de possession du pouvoir sont dues à une préparation providentielle, pourquoi les circonstances qui rendent possible la chute d'une dynastie auraient-elles une autre origine? Si l'homme qui se sent capable de régner a le *droit* de s'emparer du pouvoir quand la chose lui est possible, pourquoi le peuple n'aurait-il pas le *droit* de mettre fin à son règne, quand il en souffre, et qu'il a la force de le faire? Pourquoi la chute d'un prince serait-elle moins *juste* que son élévation? Dans cette doctrine Dieu prépare les coups d'État, mais non les révolutions. C'est peu logique.

Sur ce point la discussion des idées de M. Rothe est particulièrement intéressante. Y a-t-il des hommes qui soient naturellement désignés pour les fonctions suprêmes, des hommes *royaux*, comme il y a dans les troupes de rennes ou d'éléphants un mâle plus vigoureux que les autres et que tous suivent d'instinct comme leur chef? M. de Vareilles-Sommières admet bien que cette « supériorité naturelle dans l'aptitude à procurer le bien commun », soit un *titre* à la royauté au début des sociétés, quand le chef est

Digitized by Google

encore à trouver, mais plus tard il ne veut plus en entendre parler. Il n'est pas difficile de trouver dans une grande nation des hommes qui, s'ils étaient au pouvoir, gouverneraient plus habilement que le souverain. Le principe de M. Rothe les transforme en « candidats à la souveraineté »; il fait plus : le souverain en possession du trône n'est plus devant eux qu'un usurpateur. Ce serait « la succession d'Alexandre », sans cesse rouverte au profit du plus digne, du vivant même de chaque prince. D'ailleurs qui « déclarerait » la supériorité de cet homme et le désignerait pour chef? Le public probablement. Or nous savons en France si l'engouement populaire est bon juge pour discerner le charlatanisme du véritable mérite.

M. de Vareilles-Sommières ne veut pas qu'une révolution, c'est-à-dire un changement de gouvernement, soit légitime quand il s'opère sans le consentement du prince. Il n'admet la révolte qu'en cas de « tyrannie insupportable » et vraiment il ne pouvait faire moins. Mais quand le pouvoir n'est pas vacant, quand il est aux mains d'un souverain qui n'est ni un fou ni un monstre, il n'admet pas qu'on puisse le « dépouiller de sa légitimité ». Le pouvoir ne peut changer de mains que par une « libre cession » de celui qui le détient. « Qu'un souverain qui gouverne sans « crime puisse être légitimement renversé sous prétexte qu'on « peut mieux gouverner, nous ne l'admettrons jamais. »

Pourquoi pas? La seule partie qui ait alors le droit de se plaindre, c'est la nation ou la province dont le gouvernement a changé, en supposant qu'un ambitieux entreprenant ou un conquérant étranger lui impose par la force des armes un gouvernement dont elle ne veut pas.

La souveraineté n'est pas un *droit* pour le souverain, par la bonne raison qu'elle n'est pas établie dans son intérêt. Nul homme n'a le droit de gouverner les autres, et un roi tombé n'a aucun titre à réclamer le pouvoir, s'il ne peut dire à ses anciens sujets : « Mon gouvernement valait mieux pour vous que celui que vous vous êtes donné. » La souveraineté en elle-même n'est ni juste ni injuste, ni légitime ni illégitime. C'est une fonction. On en est digne et capable ou on ne l'est pas; on l'exerce d'une manière bonne ou mauvaise. C'est tout ce qu'on en peut

Digitized by Google

dire. Le livre de M. de Vareilles-Sommières est au fond un plaidoyer pour la monarchie légitime. Il prend des précautions infinies pour établir que le pouvoir acquis par une famille souveraine devient un droit pour elle, qu'elle peut le transmettre comme un héritage à ses enfants, et que la révolution qui l'en prive est une spoliation. Le représentant de la plus illustre de ces familles disait naguère à la France : « La couronne est à moi; c'est mon bien et je la revendique. » Son héritier, plus politique, se contente de nous dire que nous nous en trouverions mieux, s'il la portait; il cherche à faire de nous des royalistes par persuasion. Avec lui nous serions vite d'accord : les gouvernements n'ont d'autres titres que leurs qualités et la quantité de services qu'ils peuvent rendre.

La science sociale, comme l'économie politique et l'histoire, a beaucoup à gagner au contact de l'esprit juridique, elle y acquerra surtout l'intelligence et la connaissance exacte des formes légales dans lesquelles se meut la vie réelle. Mais il ne faut pas que les jurisconsultes transportent les expressions et les idées précises du droit dans un monde pour lequel elles ne sont pas faites. Ainsi je ne crois pas qu'on ait fait faire un grand pas à la science, quand on aura dit comme M. de Vareilles-Sommières, que l'existence d'obligations réciproques entre les hommes ne prouve pas que la société ait pour principe un contrat, parce que ces obligations peuvent s'expliquer par un simple *contact*, c'est-à-dire par un *quasi-contrat*. De même est-il utile d'appliquer à la souveraineté les manières d'acquérir la propriété, et de parler pour elle d'*occupation*, de *cession*, de *prescription*, comme si la souveraineté était un lopin de terre? N'eût-il pas mieux valu étudier la question de savoir si elle était susceptible d'appropriation au profit du souverain?

Heureusement ce travers n'est pas celui de l'auteur, et les deux exemples que je viens de signaler sont accidentels. L'ensemble de son ouvrage se distingue au contraire par l'élévation de la pensée et la justesse des aperçus. Si nous combattons les idées qui lui sont chères, nous nous plaisons du moins à rendre hommage à son talent. Il déclare avoir écrit son livre pour ses élèves, mais bien d'autres trouveront profit à le lire.

Digitized by Google

On ne pourra s'étonner, étant donnée la qualité de M. de Vareilles-Sommières, de sa soumission absolue aux lettres et encycliques des papes, même aux actes qui ont soulevé le plus de résistances dans les sociétés modernes, comme le *Syllabus*. Lui-même fait dans sa préface la déclaration que voici : « Si par hasard et contre mon gré, il m'était arrivé dans ces délicates investigations de dépasser la limite du terrain libre et d'émettre une idée qui ne fût pas d'accord avec les infaillibles enseignements du Saint-Siège, fils soumis, à l'avance, je la rétracte et l'efface. »

On ne discute pas avec la foi religieuse. On la respecte, même quand on ne la partage pas. Rendons du moins cette justice à l'auteur que, s'il s'incline toujours devant l'autorité officielle de l'Église, il ne jure jamais sur les paroles du maître « le maître fût-il Suarez ou Saint-Thomas ». Ce sont ses propres expressions.

Espérons que nous n'attendrons pas longtemps le second volume qui traitera, ainsi que l'auteur l'annonce lui-même, de la compétence législative et de la mission de l'Etat, des rapports de l'Église et de l'État, des différents sens du mot *droit*, des fondements du droit dans le sens de *faculté*, des divisions du droit dans le sens de *corps de lois*, des divisions historiques du droit, des principes de 1789. M. PLANIOL.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris. — Imp. F. Pichon, 282, rue Saint-Jacques, et 24 rue Soufflot.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE CRIMINELLE

(1888-1889)

Par M. E. Garbeil, professeur à la Faculté de droit de Nancy.

SOMMAIRE

I. — Auteur principal. — Complice. — Interruption de prescription. — Délit de presse. (L. 29 juillet 1881, art. 42 et 43. Code d'I. Cr. art. 637 et 638).

II. — Récidiviste. — Relégation. — Confusion de peine. — Peine plus forte n'entrainant pas la relégation. — Réitération. — Malfaiteur d'habitude. (L. du 27 mai 1885, art. 4).

III. — Amende. — Contributions indirectes. — Caractère de l'amende. — Loi nouvelle plus douce. — Rétroactivité.

IV. — Presse, outrage. — Annonce du titre. — Affiche (L. du 19 mars 1889).

V. — Médecin. Réquisitions du Ministère public. — Flagrant délit. (art. 475, 12° C. P.).

VI. — Jugement d'incompétence. — Appel par la partie civile seule. — Evocation. — Droit de statuer sur l'action civile et sur l'action publique (art. 202 et 215, I. Cr.).

VII. — Action civile. — Cession. — Droit de citation directe.

Auteur principal. — Complice. — Interruption de prescription. — Délit de presse.

La prescription de l'action publique interrompue à l'égard du complice est, par là même, interrompue à l'égard de l'auteur principal.

La Cour de Rouen, par un arrêt du 13 avril 1889, avait déclaré prescrite, à l'égard du gérant d'un journal, l'action en diffamation, dans les circonstances suivantes. Assigné le 17 août, en même temps que l'auteur de l'article diffamatoire, le gérant avait fait défaut les 25 août et 19 octobre, tandis que le complice comparaissait. Les jugements par défaut n'étaient point signifiés au gérant. Le 1er décembre seulement le gérant était réassigné; plus de 3 mois s'étant écoulés sans qu'il eût été fait à son égard aucun acte interruptif de la prescription, le gérant était mis hors

Digitized by Google

de cause par la Cour, et le complice également, le complice ne pouvant être poursuivi, du moment que l'auteur principal est hors de cause (art. 42 et 43, L. 29 juillet 1881).

Deux questions se posent :

a) Les actes qui interrompent la prescription de l'action publique à l'égard du complice ne l'interrompent-ils pas à l'égard de l'auteur principal?

b) Le complice d'un délit commis par la voie de la presse peut-il être poursuivi, alors que l'auteur principal ne peut plus l'être?

La première question a été résolue, par un arrêt de la Cour suprême, en date du 21 juin 1889, cassant l'arrêt de la Cour de Rouen :

« Attendu, en droit, qu'aux termes des art. 637 et 638, C. « I. cr., les actes d'instruction ou de poursuite interrompent la « prescription non-seulement à l'égard des personnes contre qui « ils sont dirigés, mais encore à l'égard des personnes qui n'y « seraient pas impliquées : qu'il en doit être ainsi, *a fortiori*, « lorsque, comme dans l'espèce, le gérant du journal et l'auteur « de l'article, ayant été mis simultanément en cause, des juge- « ments rendus par défaut, en ce qui concerne le gérant, ont été « prononcés contradictoirement avec l'auteur de l'article ; que « lesdits jugements ayant interrompu la prescription à l'égard de « ce dernier, ont nécessairement conservé l'action à l'égard du « gérant;

« Par ces motifs, casse et annule... »

C'est, en effet, un principe universellement admis que les actes interruptifs de la prescription ont un caractère absolu et impersonnel. Ils conservent le souvenir et les preuves du délit, quel qu'en soit l'auteur. Ils interrompent, dès lors, la prescription même à l'égard des personnes contre qui ils ne sont pas dirigés, ou à qui ils n'ont pas été notifiés. La loi de 1881 n'apportant pas, sur ce point, d'exception aux règles générales, il y a lieu de déclarer que tant que la prescription n'est pas acquise et par le gérant et par l'auteur de l'article incriminé, l'action subsiste à l'égard de tous deux. (Cass. 3 juillet 1880, S. 81. 1. 481. — Faustin Hélie, II, n° 1084. — Garraud, *Précis de Droit criminel*, 2e édit., p. 534).

Digitized by Google

Mais est-il vrai, et la question n'est pas résolue par l'arrêt de cassation, qu'en matière de presse, la poursuite de l'auteur de l'article incriminé ne puisse avoir lieu sans la mise en cause du gérant? De telle sorte que si le gérant n'est pas poursuivi, ou ne peut pas être poursuivi, l'auteur de l'article ne peut pas l'être non plus.

C'est là l'opinion admise par l'arrêt précité de la Cour de Rouen :

« Attendu que si, suivant les dispositions de l'art. 42 de la loi « du 29 juillet 1881, l'auteur principal des délits de diffamation « et d'injure par la voie des journaux est le gérant du journal, « l'art. 43 de la même loi subordonne la poursuite de l'auteur de « l'article injurieux ou diffamatoire, comme complice du gérant, « à la mise en cause de ce dernier... »

— La Cour de cassation, dans un arrêt de rejet du 28 juillet 1883, avait consacré cette solution;

« Attendu que, si le premier paragraphe de l'art. 43 dispose « que « lorsque les gérants ou éditeurs seront en cause, les au- « teurs seront poursuivis comme complices », la forme restric- « tive de cette rédaction, en accord du reste avec les explica- « tions qu'elle a reçues dans la discussion législative, établit clai- « rement que la loi subordonne la poursuite, à titre de complicité, « qu'elle édicte contre l'auteur de l'écrit, à la mise en cause « simultanée du gérant, comme auteur principal du délit... »

(Même solution : Aix, 6 janvier 1883, D. 85. 2. 154).

— La Cour de Pau (16 mai 1883); celle de Paris (10 juillet 1884 et 16 janvier 1888); celle de Douai (13 février 1888) ont, au contraire, jugé que l'auteur de l'article peut être poursuivi alors même que le gérant n'est pas mis en cause comme auteur principal (V. Barbier, *Code expliqué de la presse*, tome II, n° 810). Cette opinion nous paraît être la seule vraie.

Le principe, en matière de complicité, est que la complicité est punissable dès qu'il y a un fait principal punissable, quand même il n'y aurait pas d'auteur principal punissable. D'autre part, il est universellement admis que les poursuites contre le complice sont entièrement indépendantes des poursuites contre l'auteur principal.

Digitized by Google

La loi de 1881 apporte-t-elle une exception à ce principe général? Non, dit l'arrêt de la Cour de Paris, du 16 janvier 1888.

« Attendu que pour admettre une exception, on ne peut suffi-
« samment s'autoriser des termes du § 1 de l'art. 43, qui dit :
« Lorsque les gérants ou les éditeurs seront en cause, les au-
« teurs seront poursuivis comme complices », qu'en effet, il ré-
« sulte de la combinaison des art. 42 et 43 que le législateur a
« voulu que l'écrivain fût, selon certaines circonstances, consi-
« déré comme auteur principal ou complice; qu'en conséquence,
« les mots « lorsque les gérants seront en cause, signifient sim-
« plement que l'écrivain jouera le rôle de complice, si l'écrivain
« est connu et mis en cause. »

Les rédacteurs de la loi de 1881 ont voulu, tout simplement, que les délits de presse ne restassent pas impunis : ils n'ont pas voulu que les poursuites fussent multipliées Du moment qu'ils ont une personne contre qui la loi puisse être appliquée, leur vœu est accompli. C'est ce qui résulte manifestement de l'art. 42 et de l'échelle des responsabilités successives qu'il établit. Cela posé, le principe étant d'ailleurs que le complice peut être poursuivi indépendamment de l'auteur principal, le sens de l'art. 43 est facile à saisir. S'il n'y a pas de gérant ou s'il est inconnu, ou à l'étranger, c'est l'écrivain qui est l'auteur principal et sera poursuivi comme tel (art. 42). S'il y a un gérant connu et mis en cause, l'écrivain n'est plus que complice (43). Son rôle change : voilà tout ce que signifie l'article. Mais il n'y a pas trace dans ce texte, ni d'ailleurs dans la discussion, quoique la Cour de cassation le prétende, de l'intention d'apporter ici une exception au principe de l'indépendance des poursuites contre la complice et contre l'auteur principal. Cette solution est d'autant préférable qu'en l'acceptant on rentre dans la vérité. La culpabilité du gérant n'est guère, en effet, qu'une culpabilité fictive, présumée, établie par la loi, pour permettre des poursuites plus faciles : mais le véritable auteur du délit de presse, celui qui, en réalité, mérite la peine, c'est l'auteur de l'article; du moment qu'il est atteint, peu importe que le gérant, le plus souvent un homme de paille, soit ou ne soit pas poursuivi.

(Voir aussi l'opinion de M. Lisbonne, rapporteur de la loi du

Digitized by Google

29 juillet 1881, à la Chambre des députés : Barbier, *loc. cit.*, et *Lois nouvelles*, 1884, 3e partie, p. 9).

Récidiviste. — Relégation. — Confusion des peines. — Peine plus forte pour fait n'entraînant pas la relégation. — Réitération. — Malfaiteur d'habitude.

La loi du 27 mai 1885, sur la relégation des récidivistes, fort incomplète et obscure sur plusieurs points, a soulevé, dans son application, bien des difficultés. L'art. 4, en particulier, qui énumère les cas dans lesquels la relégation doit être prononcée, a donné naissance à de nombreux procès. La jurisprudence de la Cour de cassation paraît aujourd'hui fixée sur plusieurs des points débattus. Nous nous bornerons à examiner ici deux des questions tranchées par elle :

1° Un individu est poursuivi, tout ensemble, pour deux délits ; l'un est de ceux qui sont énumérés dans l'art. 4 de la loi du 27 mai 1885 ; l'autre non. C'est à ce dernier qu'est attachée par la loi la peine la plus forte. Une seule condamnation est prononcée pour les deux faits ? Comptera-t-elle pour la relégation ?

2° Le mot « récidiviste » de l'art. 4 doit-il être entendu dans le sens étroit que lui donne le Code pénal : personne ayant commis une nouvelle infraction après une première condamnation passée en force de chose jugée ? Ou bien doit-on compter, pour la relégation, une condamnation prononcée pour un fait antérieur à la condamnation précédente ?

Première question. — Si de deux faits poursuivis simultanément, l'un seulement rentre dans les termes de la loi de 1885, et que l'autre, non visé dans cette loi, soit précisément celui qui entraîne la peine principale la plus forte, la condamnation unique prononcée devra-t-elle compter pour le calcul de la relégation ?

Dès les premiers mois de la mise en vigueur de la loi de 1885, la Cour de cassation était appelée à trancher cette question. Cassant un arrêt de la Cour d'appel d'Orléans, elle se décidait dans le sens de l'affirmative.

La Cour d'Orléans, par un arrêt, d'ailleurs fortement motivé, avait déclaré que la relégation n'est pas applicable dans l'espèce.

Digitized by Google

La condamnation principale avait été prononcée à six mois de prison pour vagabondage et rupture de ban, la peine de ce dernier délit étant la plus forte :

« Attendu que deux des condamnations relevées par les pre-
« miers juges ayant été prononcées à la fois pour rupture de ban
« et vagabondage, une ventilation est impossible et que cette im-
« possibilité aussi bien que le doute doit profiter au prévenu.

« Mais considérant, qu'au point de vue de l'application de la
« loi sur la relégation, le juge ne peut se préoccuper que des dé-
« lits qui entraînent cette peine si grave; qu'il n'a pas le droit,
« eu égard à la culpabilité particulière qu'il doit déterminer, de
« prendre en considération des délits qui n'ont pas été visés par
« la loi du 27 mai 1885; que la règle à suivre est celle qui est
« tirée des termes de l'art. 365, C. I. cr., portant qu'en cas de
« conviction de plusieurs crimes ou délits, la peine la plus forte est
« seule appliquée; que le condamné expie sans doute par cette
« peine tous les délits qu'il a commis, mais qu'il n'en est pas
« moins vrai qu'il n'est prononcé qu'une seule peine, la plus
« forte, déterminée par le délit le plus grave; qu'il y a lieu d'en
« conclure que dans l'espèce aucune peine n'a été prononcée
« pour le vagabondage; que, lors même que l'art. 365 devrait
« être interprété en ce sens que la peine la plus forte s'appliqué-
« rait à tous ces délits, il en résulterait toujours l'impossibilité
« d'établir une ventilation, qui seule permettrait de savoir si le
« vagabondage a été puni de trois mois d'emprisonnement. »

Ces considérations nous paraissent extrêmement fortes. Pour que la relégation soit applicable, il faut en effet, dans le 4e cas de l'art. 4 de la loi du 27 mai 1885, deux condamnations à plus de trois mois pour vagabondage. Or, dans l'espèce, ces condamnations n'existent pas. Il y a bien deux condamnations à six mois pour rupture de ban et vagabondage, mais peut-on dire que, si le délit de vagabondage eût été seul, il aurait entraîné pour son auteur plus de trois mois de prison. Du moment qu'il est impossible de l'affirmer, il est conforme aux principes les plus élémentaires du droit pénal de ne pas prononcer la relégation : « *Nulla pœna sine lege.* » — La Cour de cassation a cependant suivi un système contraire ; elle nous paraît surtout y avoir été amenée par la consi-

Digitized by Google

dération des inconvénients pratiques de la solution qui nous paraît la seule légale. Elle a préféré combler une lacune de la loi de 1885.

« Attendu, dit l'arrêt de la Chambre criminelle en date du « 27 mai 1886 (*G. Pal.*, 1886. 1. 917), que si, d'après l'art. 365, « Inst. crim., la peine la plus forte doit seule être prononcée en « cas de conviction de plusieurs crimes ou de plusieurs délits, il « n'en est pas moins vrai que la condamnation a un caractère « indivisible et s'attache à chacun des délits dont l'inculpé a été « convaincu et déclaré coupable; que cette indivisibilité ne per- « met pas, il est vrai, de rechercher dans quelle proportion la « peine s'applique à chacun des délits reconnus constants; mais « que la loi du 27 mai 1885, en exigeant, comme conditions irri- « tantes de la peine de la relégation, des condamnations d'une « nature et d'une durée déterminées, n'a fait aucune exception « pour le cas où l'une d'elles serait afférente à un délit entraînant « la relégation et à un délit concomitant d'une autre nature; que « la condamnation s'appliquant à l'un et à l'autre délit et excé- « dant une durée de trois mois, les juges devaient nécessaire- « ment considérer le prévenu comme relégable.

« Attendu que le système contraire aboutirait aux conséquences « les plus inacceptables; qu'il faudrait, en effet, admettre que, « lorsqu'un récidiviste est condamné par le même jugement pour « deux délits, dont l'un seul compte pour la relégation, il pourra, « si le délit concomitant est le plus grave, échapper à l'applica- « tion de la loi de 1885 et bénéficier ainsi d'une atténuation de « peine résultant d'une plus grande culpabilité..... » (V. Cass., 25 juin 1886, *G. Pal.*, 1886, 1er supp., 29).

Sans doute, c'est là une conséquence fâcheuse de la loi de 1885; mais elle nous paraît commandée par les principes. Le juge ne peut qu'appliquer la loi, non la réformer.

Deuxième question. — Doit-on considérer comme récidiviste, dans la loi de 1885, un simple malfaiteur d'habitude qui ne serait pas en récidive, au sens technique de ce mot, ou bien doit-on compter, en vue de la relégation, une condamnation prononcée pour un fait antérieur à une condamnation précédente?

Voici quel est un des casiers judiciaires à l'occasion desquels la question s'est posée :

Digitized by Google

Première condamnation : 19 janvier 1870, 4 ans de prison pour vol qualifié.

Deuxième condamnation : 16 janvier 1880, 3 ans de prison pour vagabondage, mendicité et vol.

Troisième condamnation : 14 juin 1881, 13 mois de prison pour un vol antérieur au 16 janvier 1880, date de la deuxième condamnation.

Quatrième condamnation : 29 juillet 1886, 6 mois de prison pour vol.

La relégation devait-elle être prononcée, en vertu du § 3 de la loi du 27 mai 1885? Fallait-il compter la troisième condamnation pour un fait d'une date antérieure à la deuxième condamnation et qui, par conséquent, ne visait pas un délit commis en état de récidive, mais bien un cas de simple réitération? Ou bien, au contraire, fallait-il écarter cette condamnation, en s'appuyant sur ce que la loi de 1885 ne vise que les récidivistes, au sens propre du mot?

— La Cour d'Angers, dans l'espèce, refusa de prononcer la relégation (29 juillet 1886). Mais son arrêt fut cassé par la Cour de cassation (12 nov. 1886, D. 87. 1. 145).

« Attendu, dit la chambre criminelle, que l'art. 4 précité est ainsi conçu : — « Seront relégués, les *récidivistes*, qui, *dans* « *quelque ordre que ce soit*, et dans un intervalle de dix ans, non « compris la durée de toute peine subie, auront encouru les con- « damnations énumérées à l'un des paragraphes suivants »; — « Attendu que les termes de cette disposition sont absolus et re- « poussent l'interprétation adoptée par l'arrêt attaqué; que, dans « un intérêt de défense sociale, la loi a voulu éloigner du terri- « toire métropolitain les malfaiteurs incorrigibles; qu'elle voit la « preuve de cette incorrigibilité dans cette circonstance que, « pendant un intervalle de dix ans de liberté, ces malfaiteurs « auront encouru un certain nombre de condamnations pour les « délits qu'elle a spécifiés; que, pour fixer les conditions de la « relégation, elle considère seulement le nombre et la nature des « condamnations encourues et non le nombre des peines subies; « que si, par l'effet de la confusion des peines, le prévenu, dans « l'espèce, n'a subi qu'une seule peine pour deux condamna-

Digitized by Google

« tions, il n'en a pas *moins encouru deux condamnations dis-*
« *tinctes* pour des délits distincts;

« Attendu que si la loi du 27 mai 1885 désigne sous le nom de
« récidivistes les malfaiteurs qu'elle entend frapper, cette ex-
« pression ne doit pas être prise dans le sens strict que lui
« attribue le Code pénal; que cela résulte des travaux prépara-
« toires de la loi, des déclarations expresses du rapporteur de
« cette loi au Sénat et des termes mêmes de son art. 4, où il est
« dit que les récidivistes qu'elle entend frapper sont ceux qui
« *dans quelque ordre que ce soit, auront encouru les condam-*
« *nations* énumérées à l'un des paragraphes dudit article; d'où
« il suit qu'appliquer en cette matière les règles ordinaires de la
« récidive, ce serait introduire dans la loi une distinction que
« repoussent son texte et son esprit, et qui bouleverserait toute
« son économie. »

(Dans le même sens, deux autres arrêts, l'un du même jour, 12 novembre, l'autre du 18 novembre 1886, D. 87. 1. 149). — Arrêt du 8 septembre 1887, B. n° 328.

Cette solution entraînait nécessairement des conséquences pratiques qui devaient la faire repousser. Si l'on doit compter, en vue de la relégation, des condamnations prononcées pour des délits se succédant les uns aux autres, sans qu'aucune condamnation soit encore intervenue pour aucun d'eux, voici à quoi on aboutit. Un individu qui, en moins de dix ans, a commis quatre ou cinq vols, sans avoir été poursuivi, est enfin arrêté. Est-il relégable? Cela dépend du juge. S'il poursuit simultanément tous les délits relevés contre le prévenu, il ne prononcera qu'une condamnation. Le prévenu ne sera pas relégable. S'il lui convient de poursuivre chaque fait isolément, et de prononcer autant de condamnations qu'il y a de faits séparés, ce prévenu, qui n'avait subi aucune condamnation jusque-là, du jour au lendemain sera sous le coup de la relégation. Conséquence assurément bizarre d'une loi qui n'a voulu laisser au juge aucun pouvoir d'appréciation, qui l'oblige à appliquer la relégation dès qu'il y a un certain nombre de condamnations, sans qu'il puisse en dispenser ceux à l'égard desquels une semblable pénalité lui paraît trop rigoureuse.

Digitized by Google

Cette solution, de plus, ne tient aucun compte du mot « récidiviste » qui se trouve dans l'art. 4 de la loi de 1885, et qui a, dans la langue pénale, un sens technique parfaitement précis. Elle le traduit par les mots « malfaiteur d'habitude », sens qui a été explicitement écarté par le rapporteur de la loi au Sénat. (*Journ. offic.*, Sénat, Documents parlementaires, 1885, p. 530). Le mot « *récidiviste* » désigne proprement celui qui s'est rendu coupable d'un nouveau délit après une condamnation devenue définitive. — C'est là le sens technique du mot. Dans les articles 56 et 58, C. c., il est employé dans un sens plus restreint : la récidive, pour entraîner une aggravation de la peine normale, suppose une certaine gradation dans l'ordre des condamnations. Cette acception plus étroite de la récidive est écartée, en matière de relégation, par les mots de l'article 4, « dans quelque ordre que ce soit », qui signifient que la relégation peut être encourue quel que soit l'ordre de gravité des condamnations. Mais ce sens étroit du mot récidive étant écarté, il faut s'en tenir à l'acception technique acceptée de tous.

— La Cour de cassation, toutes chambres réunies, a rendu, à la date du 26 février 1889, un arrêt dans ce sens, contraire, par conséquent à la doctrine de la chambre criminelle (*G. Pal.* 1889, 1. p. 433).

« Attendu que, si la loi du 27 mai 1885, sur les récidivistes, « s'est écartée des conditions spéciales énumérées aux art. 56 à « 58, P., elle a néanmoins maintenu le principe supérieur en « vertu duquel on ne saurait être en état de récidive qu'après « l'avertissement d'une condamnation antérieure. »

(V. aussi : Rapport de M. Babinet dans l'affaire jugée toutes chambres réunies. Sarrut : note sous l'arrêt précité du 12 novembre 1886, D. 87. 1. 145. — Garraud, *Traité théorique et pratique de Droit pénal français*, tome II, p. 345, note 13).

Amende. — Contributions indirectes. — Caractère de l'amende. — Loi nouvelle plus douce. — Rétroactivité.

Lorsque deux lois, en matière de contributions indirectes, se sont succédées entre le moment de l'infraction et celui du jugement, l'une étant plus douce que l'autre, le juge doit-il, en ce

Digitized by Google

qui concerne les amendes, se conformer à la règle généralement suivie, que la loi la plus douce doit être appliquée? La question s'est posée à propos de l'art. 42 de la loi de finances du 30 mars 1888 (*J. off.*, 31 mars 1888), aux termes duquel l'art. 463, C. pén., est désormais applicable aux délits et contraventions prévus par les lois sur les contributions indirectes. D'après la législation antérieure, c'est-à-dire, le décret du 1er germinal an XIII (art. 39), le juge ne pouvait modérer la peine attachée à ces infractions, au moyen d'une déclaration de circonstances atténuantes. Un tribunal, statuant après la date du 31 mars 1888, (dans l'espèce, un arrêt de la Cour de Bordeaux du 13 juin 1888) sur une infraction aux lois relatives aux contributions indirectes, antérieure au 31 mars 1888 (le procès-verbal, base de la poursuite remontant au 18 avril 1887) pouvait-il adoucir l'amende en déclarant les circonstances atténuantes?

La Cour de cassation (arrêt du 9 octobre et 2 arrêts du 9 novembre 1888, B. 88, p. 496) déclare que les circonstances atténuantes n'ont pu être valablement accordées.

« Attendu que les amendes, en matière de contributions indi-
« rectes, sont moins des peines, au sens de l'art. 9 du Code
« pénal, que des réparations et indemnités dans le sens de l'art. 10
« du même Code; que, à ce titre, ces amendes sont encourues
« par le fait même qui donne lieu à la contravention et au préju-
« dice causé au trésor, dans les limites fixées par la loi existante
« au moment de sa perpétration.

« Attendu que l'art. 42 de la loi du 30 mars 1888, en per-
« mettant d'appliquer désormais l'art. 463, C. pénal, en matière
« de contributions indirectes n'a pas formellement dérogé au
« principe de la non rétroactivité des lois écrit dans l'art. 2, C.
« civ.; que le décret du 6 juillet 1810 (*Il faut lire l'art. 6 du*
« *décret du 23 juillet 1810 sur la mise en application du Code*
« *pénal*) ne s'applique qu'aux peines proprement dites, et non
« aux restitutions et indemnités dont il est question dans l'art. 10
« du C. pénal, ni par suite aux amendes fiscales. »

— Nous ne saurions souscrire à cet arrêt. On sait quelle est la doctrine de la Cour de cassation, en ce qui concerne les amendes encourues en matière fiscale; elles ont un caractère mixte : elles

Digitized by Google

sont tout à la fois des peines pour expier l'infraction commise, et des réparations du préjudice causé à l'État. Partant de ce principe, la Cour de cassation a rendu un certain nombre d'arrêts, absolument contradictoires entre eux, suivant qu'elle a considéré, dans certains cas, le caractère pénal de l'amende comme primant son caractère d'indemnité ou réciproquement. C'est ainsi qu'elle a décidé que les amendes fiscales ne peuvent être prononcées après la mort du délinquant, contre ses héritiers (*Blanche*, t. I, nº 299) et d'autre part, que la responsabilité civile fondée sur l'art. 1384 est applicable, même aux amendes prononcées en matières fiscales. (Cass., 30 novembre 1869. S. 70. 1. 115). Ce caractère mixte de l'amende, régie tantôt par les règles applicables aux peines, tantôt par les règles applicables aux réparations civiles, nous paraît difficile à admettre.

Ce qui nous parait vrai, c'est que l'amende est toujours une peine : l'art. 9 du C. pén. l'énumère, en effet, parmi les peines. Il faut donc, en principe, appliquer à l'amende, même fiscale, les règles applicables aux peines. Seulement les lois fiscales admettent un certain nombre de règles qui, sans ôter à l'amende son caractère de peine, dérogent cependant aux règles générales qui régissent les peines. Ainsi, les administrations financières intéressées ont le droit d'exercer l'action publique, par leurs agents ; le droit de transiger sur l'amende ; ainsi, les lois de douanes, les lois relatives aux droits réunis, étendent la responsabilité civile, même aux amendes (L. des 6-22 août 1791, sur les douanes. — Décret du 4 germinal an II, tit. 3, art. 8). A supposer même que, dans cette dernière règle il ne faille pas voir une responsabilité spéciale, pour un fait de négligence personnel, plutôt qu'une responsabilité civile, ce sont là *des exceptions* aux régles suivies quant à l'amende : mais en dehors de ces exceptions qui résultent d'un texte spécial, il y a lieu de s'en tenir aux règles qui découlent du caractère pénal de l'amende. Dans le cas particulier qui nous occupe, la règle universellement admise par la jurisprudence, conformément au décret du 23 juillet 1810 (voir aussi Cod. de justice militaire de 1847 art. 276, et de 1858 art. 376) est que de deux lois pénales de fonds successives, il faut appliquer la plus douce. Aucune exception formelle

Digitized by Google

à cette règle n'existant en matière d'amende fiscale, il n'y a pas lieu d'en admettre une, comme le fait la Cour de cassation dans l'arrêt précité. — La loi du 30 mars de 1888 n'avait pas besoin de déroger formellement à l'art. 2 du C. civ., puisque la règle posée par cet article n'est pas suivie pour régler le conflit entre deux lois pénales successives.

Presse, outrage. — Annonce du titre. — Affiche.

Une loi du 19 mars 1887 est venue combler la lacune que nous avions signalée (*Revue critique*, 1889, n° 1, p. 9) dans notre législation, en ce qui concerne le colportage et le cri des journaux sur la voie publique. L'article 1er de cette loi porte que : « Les journaux et tous écrits ou imprimés, distribués ou vendus dans les rues ou lieux publics ne pourront être annoncés que par leur titre, leur prix, l'indication de leur opinion et les noms de leurs auteurs et rédacteurs. — Aucun titre obscène ou contenant des imputations, diffamations ou expressions injurieuses pour une ou plusieurs personnes ne pourra être annoncé sur la voie publique.

Que faut-il entendre par le mot annoncé? S'applique-t-il à l'affichage, soit à l'intérieur, soit à l'extérieur d'un magasin, d'un placard contenant, outre le titre du journal, l'indication des principaux articles? Cette question a été tranchée, dans le sens de la négative, par plusieurs jugements de simple police (Angers, 11 avril 1889, Périgueux, 30 mars 1889, Rennes, 24 mai 1889) et par la Cour de cassation, par un arrêt de rejet du 8 juillet. Il ressort, en effet, avec certitude, des circonstances qui ont motivé le vote de la nouvelle loi et des travaux préparatoires que le législateur a eu pour but unique de réglementer le cri, dans la rue, des journaux et imprimés, qui avait donné lieu à des abus intolérables, quoique légaux. Les rapports de M. Thellier de Poncheville à la Chambre des députés et de M. de Verninac au Sénat, sont particulièrement explicites sur ce point. « Le droit d'écrire, dit le premier, sup-« pose bien le droit de vendre ses écrits et par conséquent de « les annoncer au public, mais non celui de les imposer à l'au-« dition. » — « Attendu, dit l'arrêt de rejet, que le tribunal de

Digitized by Google

« police n'a fait qu'une saine application de la loi du 19 mars « 1889, dont le sens et la portée sont déterminés par l'exposé des « motifs et les discussions qui ont eu lieu devant les Chambres « ainsi que par les circonstances qui en ont provoqué l'adoption; « que rien ne permet de supposer que le législateur ait entendu, « par cette loi, réglementer autre chose que l'annonce des jour- « naux par le cri dans les rues et lieux publics. »

Médecine. — Réquisitions du ministère public. — Flagrant délit.

Le juge de paix de Rodez, par une décision en date du 4 octobre 1882, a condamné chacun à 6 fr. d'amende et aux frais, plusieurs médecins de cette ville qui s'étaient refusés à obtempérer aux réquisitions du parquet dans les circonstances suivantes : « Attendu que le 28 août dernier, le parquet de Rodez « fut avisé que le cadavre de la fille X, présumée assassinée, « venait d'être découvert ; que le lendemain 29 août, il fut adressé « à chacun des médecins inculpés une réquisition écrite ainsi « conçue (suit la réquisition)..... Que ces réquisitions, restées « sans résultat, furent renouvelées le 31 août, encore sans ré- « sultat. » — Le jugement s'appuie sur l'art. 475, § 12 du Code pénal, qui punit d'une amende de 6 à 10 fr. « ceux qui, le pou- « vant, auront refusé ou négligé de faire les travaux, le service « ou de prêter le secours dont ils auront été requis, dans les « circonstances d'accidents, tumultes, naufrages,... flagrant dé- « lit, etc... » — « Attendu que les art. 43 et 44 du Code d'instruc- « tion criminelle prescrivent, dans le cas de certains événements, « l'intervention et le concours des médecins, chirurgiens, etc. ;... « que l'art. 44 est conçu en termes impératifs, c'est-à-dire que « le procureur de la République a, non pas la faculté, mais le « devoir d'appeler des hommes de l'art; attendu que cette obli- « gation imposée aux magistrats implique nécessairement l'obli- « gation réciproque pour les hommes de l'art de fournir le con- « cours qui leur est demandé ;

« Attendu que la sanction de cette obligation se trouve dans « l'art. 475, § 13 du Code pénal;...

« Que le flagrant délit défini par la loi, « le délit qui se com- « met actuellement ou qui vient de se commettre », doit s'en-

Digitized by Google

« tendre non seulement du fait lui-même du délit, mais encore « des circonstances qui environnent ce fait; que la découverte du « cadavre d'une personne présumée assassinée ou dont la cause « de mort est inconnue, est considérée comme un flagrant délit, « et que, dans le cas de flagrant délit, les hommes de l'art re- « quis d'apprécier la nature ou les circonstances d'un crime ou « d'un délit, encourent la peine de l'art. 475 s'ils refusent de « prêter leur concours, à moins qu'ils ne justifient qu'ils ont été « dans l'impossibilité d'obéir aux réquisitions qui leur sont faites. »

Ce jugement soulève deux ordres de questions, une question d'espèce, qu'il est facile de résoudre, et une question de principe.

En fait, se trouvait-on dans le cas particulier, dans un cas de flagrant délit?

En droit, l'art. 475, § 12, s'applique-t-il aux médecins et aux experts, en général? — A supposer que oui, la découverte d'un cadavre constitue-t-elle un flagrant délit, au sens légal et technique du mot?

La question de fait me paraît avoir été tranchée définitivement par un jugement du tribunal civil de Rodez du 22 novembre 1889, acquittant les médecins de cette ville pour les raisons suivantes : « Attendu que le 29 août, le juge d'instruction, saisi de « l'affaire, adressa des réquisitions aux sieurs X... et Y..., méde- « cins, pour réclamer leur assistance ; — Que le 31 août, des ré- « quisitions furent remises au commissaire de police qui les porta « à la connaissance des médecins; que, ce même jour, fut dressé « le procès-verbal constatant leur refus; que ce procès-verbal ne « mentionne que les réquisitions du 31 août et que l'invitation « devant le tribunal de simple police ne s'appuie que sur ce « procès-verbal du 31 août; attendu qu'à cette date le délit « n'était plus flagrant. »

— La question de principe reste entière. Les médecins sont-ils obligés, sous la sanction de l'art. 475, de déférer aux réquisitions qui leur sont faites, en cas de flagrant délit? — Peut-on considérer, au point de vue de la définition légale d'une infraction de leur part, la découverte d'un cadavre comme un cas de flagrant délit?

Digitized by Google

Il n'est, dans la loi française, aucun texte qui, d'une manière générale, oblige sous sanction pénale, les experts à prêter leur concours à la justice. Il peut y avoir pour eux une obligation morale, voire professionnelle à ne pas répondre, par un refus, aux réquisitions des magistrats. S'ils ne font, ils ne violent aucune loi pénale. Plusieurs lois étrangères : le Code d'instruction criminelle autrichien (art. 119), le Code de procédure pénale allemand (art. 75), le nouveau Code pénal italien (art. 201), sanctionnent par des amendes et même par la prison le devoir des experts. Notre Code d'instruction criminelle et notre Code pénal sont muets. Mais dans le cas particulier de flagrant délit, les experts, et notamment les médecins ne sont-ils pas obligés, sous sanction pénale, de faire le service dont ils sont requis? La Cour de cassation belge (arrêt du 14 juillet 1840) a décidé que non et que l'art. 475, § 12, C. p., ne s'applique pas aux médecins. Mais la Cour de cassation française a toujours jugé le contraire (V. Crim. cass. 18 décembre 1875, D. 1876. 1. 462. — Crim. rej. 24 juillet 1884, D. 85. 1. 270). Et à notre avis, avec raison. Les termes de l'art. 475-12° du Code pénal sont tout à fait généraux : « Seront punis d'une amende de 6 à 10 francs... 12° Ceux « qui, le pouvant, auront négligé ou refusé de faire les travaux, « le service ou de prêter le secours dont ils auront été re- « quis, etc... » En vain, dirait-on, que ce texte ne vise qu'un concours purement matériel : qu'il serait absurde de vouloir contraindre, par une pénalité, un médecin à faire une autopsie, qu'aucune confiance ne pourrait être accordée à une expertise imposée par la force. Le texte est conçu en termes généraux et s'applique aussi bien au concours intellectuel qu'à l'aide purement matérielle.

Mais il ne sera applicable que dans les cas spéciaux qu'il prévoit, notamment au cas de flagrant délit. La définition du mot flagrant délit a donc ici une importance capitale. Peut-on considérer comme faite, en cas de flagrant délit, la réquisition faite par le parquet, à un médecin, d'avoir à pratiquer l'autopsie d'un cadavre, qui vient d'être découvert, la mort remontât-elle à plusieurs jours? La découverte d'un cadavre constitue-elle, comme le disait le juge de paix de Rodez,

Digitized by Google

un flagrant délit? Ou bien, ne faut-il pas s'en tenir à la définition donnée du flagrant délit, par l'art. 41, C. inst. crim.?

Le flagrant délit est défini : « *Le délit qui se commet actuellement ou qui vient de se commettre.* » La loi lui assimile le cas « où le prévenu est poursuivi par la clameur publique et « celui où le prévenu est trouvé saisi d'effets, armes, instru- « ments ou papiers, faisant présumer qu'il est auteur ou com- « plice, pourvu que ce soit dans un temps voisin du délit. » Telle est la seule définition légale du flagrant délit, celle à laquelle il y a lieu de se reporter quand, dans la définition d'une infraction à la loi pénale, on trouve cette expression de flagrant délit.

Mais, dans la pratique des parquets et des juges d'instruction, le flagrant délit a reçu une singulière extension. On procède, comme au cas de flagrant délit, toutes les fois qu'il y a ou qu'il paraît y avoir urgence, quand bien même on se trouverait en présence d'un cas ne rentrant pas dans la définition précitée du flagrant délit. En particulier, le juge d'instruction poursuit d'office et commence l'instruction sans atteindre les réquisitions du procureur de la République; ou bien celui-ci procède immédiatement à des actes d'instruction. Si un cadavre est découvert, il est urgent de commencer les recherches immédiatement : donc on peut agir comme au cas de flagrant délit. Le médecin qui refuse son concours, dans ces circonstances, tombe donc sous le coup de l'art. 475, P.

Nous ne saurions admettre quant à nous cette solution. Que les magistrats se croient autorisés à étendre à des cas urgents, les pratiques que la loi admet pour le cas de flagrant délit, je n'y contredis pas. Cela peut être utile et même nécessaire. Mais lorsqu'il s'agit, de déterminer les *circonstances constitutives d'une infraction à la loi pénale*, peut-on ainsi détourner de son sens légal et certain, le mot « flagrant délit », nous ne le pensons pas. Ce serait marcher à grands pas vers l'arbitraire. Il faut s'en tenir strictement à la définition donnée par la loi. Donc, au point de vue de l'application de l'art. 475-12, la découverte d'un cadavre ne suffit pas pour qu'il y ait flagrant délit.

Digitized by Google

Jugement d'incompétence. — Appel par la partie civile seule. — Evocation. — Droit de statuer sur l'action civile et sur l'action publique.

La Cour d'appel de Limoges, par un arrêt du 28 juillet 1887, maintenu par un arrêt de rejet de la Chambre criminelle (3 novembre 1887, D. 89. 1. p. 221), a reconnu à l'appel, formé par la partie civile seule, un pouvoir que nous ne saurions admettre.

Traduit, par une citation directe de la partie civile, devant le tribunal correctionnel, le prévenu obtint de celui-ci un jugement d'incompétence. (Trib. corr. de Bourganeuf : 26 février 1887). — Dans les délais légaux, la partie civile interjeta appel. Le procureur de la République non. Quant au procureur général, à la date des 4 et 10 mai, c'est-à-dire, après l'expiration du délai de deux mois que lui impartit l'article 205, I. cr., pour former son appel, il fit assigner les prévenus devant la Cour d'appel, pour y voir statuer, tant sur l'appel de la partie civile que sur toutes les autres réquisitions du procureur général. — La Cour de Limoges à la date du 26 mai, rendit un arrêt par défaut contre la partie civile, faute de comparaître, arrêt confirmant le jugement d'incompétence. — La partie civile fit opposition dans les délais.

« Attendu, dit l'arrêt de Limoges, rendu sur cette opposition « que les prévenus prétendent que l'opposition de la partie civile « à l'arrêt par défaut du 26 mai, n'est pas recevable; que sui- « vant eux, à défaut par le procureur-général d'avoir, dans les « délais légaux, fait appel du jugement du 6 février, l'action « publique a été éteinte; qu'il incombait, par suite, à la partie « civile seule, de mettre en mouvement son action aux fins « civiles; que les actes des 4 et 10 mai, par lesquels le procu- « reur-général a appelé les parties devant la Cour, ne devant « être considérés que comme une simple fixation d'audience, « un acte d'administration judiciaire, n'ont pas régulièrement « saisi la Cour et ne l'ont pas mise légalement, en demeure de « statuer sur l'appel de la partie civile, puisque le ministère « public n'avait plus aucun droit de poursuite et qu'il appar-

Digitized by Google

« tenait à la partie civile seule de faire valoir son action aux fins « de réparations civiles ; qu'ainsi l'arrêt du 26 mai dernier n'est « pas à proprement parler un arrêt de défaut congé rendu contre « le plaignant, celui-ci y étant resté étranger ; que par suite « son opposition à cet arrêt n'est pas recevable. »

Ces conclusions des prévenus nous paraissent à l'abri de toute contestation. Mais la Cour de Limoges les a repoussées, a déclaré l'opposition de la partie civile valable, réformé le jugement d'incompétence et statuant sur le fonds, par voie d'évocation (215, I. cr.), a condamné les prévenus, tant au point de vue de l'action publique qu'au point de vue des poursuites civiles. Voici sur quel raisonnement se fonde son arrêt.

« Attendu que la citation de la partie civile saisit le juge cor- « rectionnel de la connaissance des délits aussi bien que celle du « ministère public; — Que si, aux termes de l'art. 202, I. cr., la « faculté d'appel n'appartient à la partie civile que pour ses in- « térêts civils seulement, la restriction apportée, en effet, par « cette disposition aux effets d'une instance engagée par la partie « civile, ne s'applique manifestement qu'aux décisions par les- « quelles les premiers juges ont statué *sur le fonds* de l'affaire « qui leur était soumise; que, dans l'espèce, le tribunal de Bour- « ganeuf s'étant déclaré incompétent, le défaut d'appel du minis- « tère public n'a pu porter atteinte au fonds qui est demeuré in- « tact; que l'appel de la partie civile a eu pour effet... mettre la « Cour en demeure de statuer tant sur la compétence que sur le « fonds et de l'investir de la mission de prononcer tant sur la « compétence que sur le fonds. »

— Nous croyons que la Cour de Limoges a faussement interprété l'art. 202, I. cr., et donné à l'appel de la partie civile un pouvoir qu'il n'a pas. Il est certain qu'une personne lésée par une infraction a le droit de saisir directement, par une citation, la juridiction de première instance, de l'action publique en même temps que de l'action civile. L'action publique est mise en mouvement par la citation directe de la partie civile. A supposer qu'à l'audience, le ministère public conclue au renvoi des poursuites ou même refuse de prendre des conclusions, le tribunal aurait néanmoins le droit de statuer sur l'action publique dont il

UNIV. OF MICH. LAW LIBRARY

Digitized by Google

est valablement saisi et de prononcer une peine. Mais là se borne le droit de la partie civile. Elle n'a que le droit de mettre en mouvement l'action publique, elle n'a pas le droit de l'exercer. Or, lui reconnaître le droit d'interjeter appel, non seulement au point de vue de l'action civile, mais encore au point de vue de l'action publique, ce serait lui permettre d'exercer l'action publique. L'art. 202, I. cr., ne l'autorise à interjeter appel que pour ses intérêts civils. La juridiction d'appel, si le ministère public n'a pas interjeté dans les délais appel, n'est saisie que de l'action civile. L'arrêt le reconnaît. Mais il déclare que l'art. 202 n'est applicable qu'au cas où le jugement de première instance est rendu sur le fonds, non sur un incident. L'art. 202 ne fait aucune distinction de ce genre. Quand le tribunal s'est déclaré incompétent, c'est au représentant du ministère public, toujours présent à l'audience, d'interjeter appel dans l'intérêt de l'action publique s'il estime qu'il y a mal jugé. S'il ne le fait pas, l'action est éteinte. La juridiction d'appel n'est plus saisie que de l'action privée. Elle peut prononcer des dommages-intérêts, non une peine. — Le droit d'évocation qu'elle tient de l'art. 215 ne lui confère aucun droit nouveau. Elle ne peut évoquer le fonds que dans la mesure où elle est saisie de l'affaire. Or, elle n'est saisie, dans l'espèce, que par la partie civile et dans son intérêt. Si on reconnaissait à l'évocation ce pouvoir de remettre tout en question, de saisir directement la Cour de la cause toute entière, il faudrait, en sens inverse, en l'absence d'appel de la partie civile dans les délais et sur le seul appel du ministère public, autoriser la Cour à allouer des dommages-intérêts à la partie lésée. Cela est inadmissible. La partie publique n'a pas plus la mission de conserver par son appel les droits de la partie lésée que celle-ci les droits de la partie publique.

Action civile. — Cession. — Droit de citation directe.

Si la victime d'une infraction cède à un tiers son droit à des dommages-intérêts, le cessionnaire a-t-il contre le cédé, le droit de citation directe devant les juridictions de l'ordre répressif ? — Question intéressante, qui s'est posée devant le tribunal correctionnel de la Seine (11e chambre) et a été tranchée dans le sens négatif par un jugement du 14 avril 1889.

Digitized by Google

Le tribunal de la Seine a décidé que le droit de citation directe appartenant à la partie lésée ne peut être cédé.

« Attendu qu'aucun de ces articles (1, 65 et 182, I. cr.) ne « porte que la partie civile pourra conférer à un tiers l'exercice « de ce droit de citation directe par la cession de son action ou « par procuration spéciale ; que, dans le silence de la loi, surtout « en matière pénale, il n'est pas légitime de suppléer à ce silence « par l'octroi d'une faculté qui répugne à la nature même du « droit de poursuites conféré par l'art. 182. I. cr.

« Attendu que l'action de la partie lésée a pour but de mettre « en mouvement le ministère public, à l'effet d'obtenir une satis- « faction pénale à laquelle a droit la victime... qu'une telle fa- « culté de mettre la partie publique en mouvement ne saurait « être l'objet d'un trafic ; qu'il est contraire, même au fonde- « ment de la justice répressive de permettre le commerce d'un « tel droit.

« Attendu que les juges correctionnels, pour apprécier exac- « tement les circonstances constitutives d'un délit et le degré de « culpabilité du prévenu, doivent trouver en leur présence di- « recte, la personne lésée ; que la détermination même des dom- « mages-intérêts ne peut s'établir avec exactitude que par « l'examen des relations personnelles de la victime avec le délin- « quant. »

La force de ces considérants nous paraît contestable. Il était bien inutile que le législateur, dans les articles cités, reconnût expressément aux ayant-cause de la personne lésée les mêmes droits qu'à celle-ci. Le silence de la loi n'est pas aussi complet que l'indique le jugement. La loi permet à toute personne de vendre les choses qui lui appartiennent et qui sont dans le commerce. Voilà le principe. Il s'applique certainement à la cession d'une action en dommages-intérêts née d'un délit. En l'absence d'une exception expresse de la loi, cette action, qui a une valeur pécuniaire, peut êre cédée comme toute autre.

Le droit de mettre l'action publique au mouvement, qui est l'accessoire de cette action, ne passera-t-il pas au cessionnaire avec l'action cédée elle-même? Non, dit le tribunal correctionnel, parce qu'un tel droit ne saurait être l'objet d'un trafic... Mais,

Digitized by Google

la question n'est pas là. Ce n'est pas le droit de mettre l'action publique en mouvement, qui est l'objet de la cession : c'est le droit à des dommages-intérêts. Or celui-ci est certainement dans le commerce. Si le droit de citation directe passe au cessionnaire, c'est en vertu de la règle « *accessorium sequitur principale* ». Il nous paraît difficile de voir ce qu'il y a de contraire à l'ordre public dans cette cession. Le ministère public, à l'audience, conservera le droit de requérir librement sur l'application de la peine : il pourra donner aussi son avis sur la fixation des dommages-intérêts, avec une entière liberté. En quoi importe-t-il à sa dignité que l'affaire soit venue devant le tribunal correctionnel, sur la citation de la partie lésée plutôt que sur la citation de son cessionnaire? Quant à l'auteur du délit dommageable, outre qu'il pourrait se soustraire à la poursuite civile, en exerçant le retrait litigieux, que lui importe de se trouver en présence de la victime ou d'un ayant cause de celle-ci? En quoi le fait que la personne lésée n'est plus partie au procès pourrait-il lui nuire? Le dernier argument du tribunal ne se comprend pas. Alors même que la victime du délit a cédé son action, ne peut-elle être citée comme témoin? Et à supposer qu'elle ne veuille pas comparaître, y était-elle obligée davantage quand elle était partie civile? A supposer enfin qu'elle ne comparaisse pas, en quoi son absence pourrait-elle nuire à la partie poursuivie? Le cessionnaire de l'action pourrait seul se plaindre de l'absence de son cédant, absence qui peut l'empêcher de faire sa preuve.

Donc, en l'absence de texte contraire, nous estimons que l'action civile née d'un délit étant cédée, le droit de citation directe passe au cessionnaire. ——— E. GARDEIL.

EXAMEN CRITIQUE DU PROJET DE RÉFORME DE LA SÉPARATION DE CORPS ADOPTÉ PAR LE SÉNAT, (28 janvier 1887), (*suite* [46]).

Par M. Jules Cabouat, professeur à la Faculté de droit de Caen.

IV.

Après un long débat dans lequel ces deux théories furent tour

[46] Voir *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1889, nouvelle série, tome XVIII, page 703.

Digitized by Google

à tour habilement défendues, la proposition du Conseil d'État présentée sous forme d'amendement par MM. Pâris et Naquet échoua, repoussée par 141 voix contre 108 [46 bis]. Toutefois, cette élimination ne valut aux idées de la commission qu'un triomphe de courte durée; quelques instants après, le Sénat prit en considération un sous-amendement de M. Bardoux, lequel passa plus tard dans le projet adopté [47]. Mais, le succès de cette proposition, formulée à un moment où le débat pouvait paraître clos, n'eut pas pour résultat de supplanter d'une manière absolue le système de la commission; il en restreignit seulement la portée et l'étendue d'application par une distinction d'apparence rationnelle, mais au fond, à notre avis du moins, purement spécieuse.

Ce revirement inattendu nous met en présence d'un système composite fixant la condition juridique de la femme séparée de corps, suivant que la séparation a été prononcée pour ou contre elle; au premier cas, elle recouvre l'exercice de ses droits civils [48]; au second, placée sous le régime de l'art. 1449 combiné avec la permanence de l'incapacité, elle acquiert seulement des facilités nouvelles pour se faire habiliter, les mêmes d'ailleurs que celles qui lui étaient déjà accordées par la commission [49].

[46 bis] Séance du 20 janvier 1887.

[47] Amendement Bardoux : « La séparation de corps prononcée contre le mari aura en outre pour effet de rendre à la femme le plein exercice de la capacité civile sans qu'elle ait besoin, en aucun cas, de recourir à l'autorisation de son mari, ou de justice. » Sén. Déb. parl., 1887, p. 37.

[48] L'art. 311 du Code civil est remplacé par les dispositions suivantes : § 3. Si elle (la séparation de corps) est prononcée contre le mari, elle aura pour effet de rendre à la femme l'exercice de sa capacité civile sans qu'elle ait besoin de recourir à l'autorisation de son mari ou de justice. Conf. projet Camille Sée, art. 9. « La même dispense d'autorisation est accordée à la « femme lorsqu'elle a obtenu la séparation de corps, *J. off.*, 7 mai 1880.

[49] L'art. 1449 du Code civil est modifié ainsi qu'il suit : La femme séparée de corps qui n'a pas recouvré l'exercice de sa capacité civile et la femme séparée de biens seulement, reprennent la libre administration de leurs biens, meubles et immeubles; — elles peuvent disposer de leur mobilier et l'aliéner; — elles ne peuvent aliéner leurs immeubles sans autorisation de leur mari ou de justice; — la femme séparée de corps peut, à son gré, demander à son mari ou demander directement au tribunal, par requête, les autorisations dont elle aurait besoin pour toutes les mesures que ses intérêts peuvent exiger.

Digitized by Google

Rien n'est plus clair que l'énoncé de ces dispositions; moins simple en serait l'application pratique [50].

La première au moins abandonne au hasard de l'interprétation des auteurs et des magistrats la solution de questions importantes qu'il eût été bon de trancher expressément. Ainsi, la rédaction de l'art. 311 laisse dans l'ombre l'étendue précise de cette capacité civile. Quelle sera-t-elle? Invariablement celle du droit commun? Ou, s'il faut consulter les conventions matrimoniales, tantôt cette capacité sans limitation d'aucune sorte, tantôt seulement une capacité moindre, restreinte, s'il y a lieu, par l'effet de clauses de dotalité?

Quoique le silence du texte nouveau puisse porter le doute dans quelques esprits, il est cependant certain que dans la pensée de ses auteurs, ses effets doivent se concilier avec le maintien de l'inaliénabilité dotale. En effet, pour qui tient compte de l'idée dominante du projet, qui est d'épargner à la femme les abus et les excès de l'autorité maritale, la conséquence unique en doit être de dispenser la femme d'avoir à se munir d'aucune autorisation pour le cas où la législation existante lui impose l'obligation d'en requérir une, mais non de la priver, ce qui serait contraire à ses intérêts, des garanties exceptionnelles qu'elle s'est contractuellement réservées [51]. En conséquence, la femme séparée de corps et réintégrée dans la plénitude de sa capacité civile, en recouvre l'entier exercice sous cette réserve qu'elle ne sera admise à passer aucun acte pour lequel une clause de dotalité l'aurait frappée d'incapacité. Solution inatta-

[50] Les observations suivantes nous sont en grande partie suggérées par M. G. Bressolles qui a judicieusement relevé les défectuosités du projet sur lesquelles nous allons insister. *Nouv. observ.*, etc., p. 30 et suiv.

[51] Ceci résulte d'une comparaison attentive des amendements Naquet, Léon Renault et Pâris avec les termes de la rédaction adoptée. Le premier de ces amendements portait que la séparation de corps aurait pour effet de « supprimer l'autorisation maritale et de faire rentrer la femme dans le « plein exercice de sa capacité civile, à l'égard de ses biens, nonobstant « toutes clauses restrictives du contrat de mariage ». C'était expressément affranchir la femme de toute incapacité dotale. Moins affirmatif, mais quelque peu équivoque, l'amendement Pâris (cité à la note 30), rendait à la femme « le plein exercice de la capacité civile » ; à la rigueur il pouvait être pris

Digitized by Google

quable au point de vue purement logique, mais sur laquelle il eût été plus sûr de dissiper par une disposition nette et précise, jusqu'à l'ombre d'une hésitation possible.

En outre, le texte du projet néglige de décider si, la séparation ayant été cumulativement prononcée contre les deux conjoints, la femme doit encore recouvrer l'exercice de ses droits. Alors, devra-t-on la tenir pour condamnée et la traiter comme telle? Cette manière de voir, déjà acceptée par la jurisprudence en ce qui concerne la révocation des avantages entre époux [52], voudrait qu'en cette hypothèse on rejetât toute détente ou atténuation de l'incapacité; ou au contraire, faudra-t-il décider qu'en cas de réciprocité de torts, le mari encourt, à raison de sa propre faute, une déchéance d'autorité dont l'effet nécessaire est de procurer à la femme, quelles qu'aient pu être d'ailleurs ses défaillances personnelles, une restitution complète de sa capacité civile. Formellement exprimée par M. Bardoux et soutenue par des raisons que nous apprécierons plus loin, cette solution est d'une nécessité rationnelle si peu impérative que, pour en assurer l'application, peut-être y aurait-il eu quelque prévoyance à l'enchâsser dans un texte formel.

Maintenant, peut-on penser de ce système transactionnel autre chose que des demi-mesures en général? Sous chacun de ses aspects, il prête le flanc aux mêmes critiques que chacun des projets ci-dessus analysés et à quelques autres encore. Empruntée au Code civil italien [53], cette distinction tirée de l'issue du procès

dans le même sens, et tel fut l'avis de M. Naquet qui l'accepta, après le retrait de son propre amendement, comme reproduisant exactement sa pensée personnelle. Cet effet éventuel du texte proposé souleva quelques réclamations (M. Roger-Marvaise, séance du 20 janvier 1887, p. 34 et 35), auxquelles M. Léon Renault répondit (20 janvier 1887, p. 35, col. 1). La question a donc été nettement posée, et c'est sans doute pour la résoudre que le projet se contente de restituer à la femme l'exercice de sa capacité civile. Le vague intentionnel de cette expression laisse assez entendre que l'étendue des droits de la femme séparée de corps soulève une question susceptible d'être diversement tranchée selon les clauses du contrat de mariage.

[52] Paris, 20 août 1862, 62. 2. 443; Demolombe, t. IV, n° 530 *bis*.

[53] Code civil italien. Art. 135. L'autorisation du mari n'est pas nécessaire... : al. 2. Si la femme est légalement séparée par la faute du mari. —

Digitized by Google

nous semble inacceptable au moins pour les conséquences particulières qu'on en voudrait déduire ici, car il va de soi que nous n'entendons nullement attaquer le principe des déchéances virtuellement ou expressément prononcées par le Code civil et certaines lois spéciales contre l'époux condamné[54]. Nous pensons seulement, et en cela nous aurons successivement pour auxiliaires les partisans du système de la commission et ceux de la proposition du Conseil d'État, qu'il est inadmissible de faire varier la position juridique de la femme avec le résultat final de l'instance en séparation de corps. Ce système mixte, mélange hybride de deux propositions diamétralement contradictoires — celle de la commission et celle du Conseil d'État — emprunte à chacune d'elle un élément constitutif et de chacune aussi exige un sacrifice essentiel. Prenons la mesure du degré d'énergie que les auteurs ou adhérents de ces différents projets mettront à défendre l'intégrité de leur œuvre, cela nous permettra d'établir que la distinction adoptée par le Sénat ne peut satisfaire pleinement personne et d'insister en même temps sur ses défauts théoriques et pratiques.

Art. 136. Si la femme est légalement séparée par sa faute propre, soit par la sienne et celle du mari, soit par mutuel consentement, l'autorisation du tribunal est nécessaire. Le tribunal ne peut accorder cette autorisation, si auparavant le mari n'a pas été entendu ou cité à comparaître en la chambre du conseil, sauf le cas d'urgence. Voy. Huc et Orsier, t. I, 2me édit., p. 187. On remarquera qu'à la différence du projet sénatorial qui laisse à la femme une libre option entre l'autorisation du mari et celle de justice, l'art. 136 de la loi italienne déclare cette dernière nécessaire. Mais ces deux systèmes législatifs concordent en ce que l'un et l'autre imposent aux tribunaux saisis d'une demande d'autorisation, l'obligation de mettre le mari en demeure de donner des explications avant de prendre aucune décision. Rapprocher de l'art. 136 précité les modifications apportées par le projet du Sénat à l'art. 861 du Code de procédure civile (Voy. note 16).

[54] Art. 299, 300 et 1518, C. civ., écrits en vue du divorce, mais étendus à la séparation de corps par une jurisprudence constante. Lois des 11 avril 1831, art. 20, 9 juin 1853, art. 13[3], 14 juillet 1866, art. 1[4]. Voyez aussi la proposition de loi adoptée par le Sénat en 1886, ayant pour objet de modifier les droits de l'époux sur la succession de son conjoint prédécédé. « Le « conjoint survivant qui ne succède pas à la pleine propriété et contre lequel « n'existe pas de jugement de séparation de corps passée en force de chose « jugée, a sur les biens du prédécédé, un droit d'usufruit, etc. »

Digitized by Google

Qu'en pensent d'abord les partisans du projet préparé par la commission? il est particulièrement intéressant de dégager leur sentiment, car il paraît bien que l'auteur de cette transaction, M. Bardoux, partage leurs idées sur le rôle de la puissance maritale. Certainement, ils seront portés à contester que la séparation de corps puisse jamais, le mari eût-il succombé dans l'instance, rendre la femme pleinement capable. Peu leur importe qu'elle ait obtenu gain de cause; estimant que l'incapacité est une institution nécessaire aussi bien à la femme qu'à la famille, les torts du mari simples ou réciproques ne constitueront jamais une raison suffisante à leurs yeux pour entraîner l'abandon d'une garantie jugée essentielle. Et, si les partisans de l'amendement avancent, ce qu'ils n'ont pas manqué de faire au cours de la discussion, que la condamnation enlève au mari tout prestige moral et rend nécessaire sa déchéance de la puissance maritale, déchéance dont la femme est naturellement appelée à profiter, faute d'un autre pouvoir qui puisse substituer son action à celle du mari ou du moins en diriger l'exercice, on répondra du côté de la commission, que cette déduction n'est en rien nécessaire; il peut arriver qu'un mari violent et emporté soit cependant, pour employer l'expression d'Argou, « bon économe »[55]; *a priori*, il serait donc excessif et maladroit de l'exclure de tout contrôle sur les actes juridiques de la femme, d'autant plus, pourrait-on dire, que le mari conserve tout à la fois la jouissance et l'administration légale du patrimoine de ses enfants, lors même que la séparation de corps a été prononcée contre lui [56]. Et d'autant plus, ajoutera la commission, qu'il est possible d'organiser un système, dont son projet contient d'ailleurs l'essai, suffisant pour prévenir tous les abus et assez souple pour permettre au mari de veiller aux intérêts de la femme qui se confondent avec ceux de la famille entière. Ainsi la première partie du projet ne peut qu'être repoussée par les partisans d'un système reposant sur cette idée que l'incapacité est une institution essentielle au mariage.

D'autre part, il est évident que les promoteurs de l'indépendance juridique de la femme séparée n'accepteront aucune déro-

[55] Argou, *Institutions au droit français*, t. II, p. 111.

[56] Demolombe, t. IV, n. 510 et 512, p. 588.

Digitized by Google

gation ni atténuation à leur principe même pour le cas où le jugement de séparation aurait été prononcé en faveur du mari, et il leur sera facile d'opposer un refus péremptoire, car les motifs allégués à l'appui de la concession qui leur est demandée sont aisément critiquables. Non sans doute que le maintien de la femme condamnée sous le régime de la séparation de corps ait été présenté comme une pénalité nouvelle augmentant le nombre des déchéances auxquelles elle est déjà exposée; présentée sous cette forme, la proposition de M. Bardoux eût été trop facilement combattue et écartée. Bien certainement, l'idée de peine doit rester étrangère à cette matière, laquelle ne peut être disposée qu'en vue de la meilleure administration du patrimoine de la femme et ne saurait sous aucun prétexte fournir le sujet d'une disposition pénale. En fait, il n'est que juste de reconnaître que nul n'a voulu imprimer à la distinction proposée un caractère de mesure répressive. L'auteur de l'amendement et ceux qui l'ont adopté ont obéi à cette préoccupation d'ordre tout spécial et très différente : éviter que le plein et entier exercice de ses droits puisse jamais devenir pour la femme une sorte de prime à l'inconduite [57], mais nous doutons qu'ils aient su doter cette idée de la mise en œuvre qui lui convient. Nous objecterons que, prise en elle-même, l'issue de l'instance ne fournit qu'un critérium de sûreté douteuse pour la question qu'on veut résoudre; en fait, il eût été essentiel, mais le rédacteur de l'amendement a négligé ce point, d'avoir égard à la nature des torts qui ont motivé la condamnation. A-t-elle été prononcée, cas fréquent, contre une femme de mœurs irréprochables, mais de caractère difficile, nul doute qu'elle frappe une personne digne sous tous rapports de recevoir la libre gestion de son patrimoine; aussi bien n'est-ce pas elle qu'on veut atteindre; en réalité on ne désire user de rigueur que contre la femme coupable de graves écarts de conduite; contre celle-là seulement qui serait tentée de demander à la disposition de sa fortune les moyens de subventionner ses désordres. Cependant, faute de cette distinction nécessaire, le projet les atteint sans distinction, et aussi bien contre toute raison que contre la pensée même de ses auteurs, soumet au même traitement

[57] M. Lucien Brun, Sén. Déb. parl. 1887, p. 36, col. 1.

Digitized by Google

deux catégories de femmes dont l'une au moins subit des rigueurs qui en bonne justice devraient lui être épargnées. Et encore, si l'on était sûr d'éviter, au prix de cette injuste généralisation, le scandale redouté d'une femme n'usant de sa pleine capacité que pour tenir une conduite irrégulière et dissipatrice, peut-être pourrait-on absoudre le projet du vice qui vient d'être relevé contre lui. Mais rien n'est plus douteux. Ce serait déjà une question que de savoir si l'art. 1449 ne fournit pas à la femme les ressources suffisantes pour se ruiner elle et les siens et de trop larges facilités pour mener une vie de désordres. Nous l'examinerons plus loin. Dès maintenant nous dirons que dans sa rédaction actuelle et jugé d'après le commentaire qu'il a reçu de son auteur, le système du projet perd une grande partie de son efficacité. Car, s'il pèse comme il vient d'être dit sur des personnes qu'il est superflu de retenir dans les liens d'un régime de rigueur, par contre, il laisse échapper à ses prises toute une classe de personnes qui peuvent inspirer de très sérieux sujets d'inquiétude tant pour leur conduite ultérieure que pour la gestion de leurs biens. En effet, lorsque la séparation aura été conjointement prononcée contre les deux époux, la lettre du texte clairement expliquée par l'auteur de sa rédaction veut que la femme, quoique indigne de la moindre faveur légale, reprenne néanmoins son entière capacité sans restriction ni aucune garantie pour l'avenir [58].

Quant aux raisons de cette confiante indulgente, on les a déduites en termes que nous transcrirons par crainte d'en affaiblir l'expression : « Est-ce que la justice, dit M. Bardoux, n'établit pas tous les jours une différence entre certaines fautes du « mari et les fautes de la femme ? Lorsque les fautes de la femme « sont prouvées et que cependant le tribunal prononce la séparation de corps à la fois contre elle et le mari, est-ce que la justice « n'établit pas par cela même que le mari est bien plus coupable « encore? Il faut le dire, en effet, la femme est traitée avec plus « de sévérité par la justice, en vertu de considérations de l'ordre

[58] « Lorsque la séparation est prononcée contre les deux époux, la femme « gagne en partie son procès et elle doit bénéficier de notre amendement. » M. Bardoux, séance du 25 janvier 1887, p. 45, col. 2.

Digitized by Google

« moral que je n'ai ni à justifier ni à expliquer, mais qui exis-« tent. Est-ce qu'il ne s'ensuit pas que, lorsque la séparation a « été prononcée contre les deux époux, la femme doit recouvrer « sa capacité civile sans distinction » [59]?

Ces développements tendent à établir qu'à traitement judiciaire égal des deux conjoints, la femme est censée avoir moins gravement démérité que le mari; on use à son égard d'une plus grande sévérité pour l'appréciation des griefs qui lui sont reprochés; aussi prétend-on que condamnée au même titre que son adversaire elle conserve néanmoins sur lui une certaine supériorité morale dont il faut tenir compte; de ce chef elle doit être considérée comme gagnant en partie son procès et ayant quelque titre au traitement de faveur que le projet propose de lui accorder.

Ce raisonnement n'a d'autre base qu'une présomption de création nouvelle et si contestable qu'un savant auteur n'a pas craint de la qualifier « divinatoire et nullement concluante. » Car, « si elle était fondée, continue M. G. Bressolles, et si elle devait « ainsi établir une inégalité entre les époux, pourquoi n'en est-il « pas de même sur la question de la révocation des avantages « réciproques, en cas de double séparation de corps? Cependant « la doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour décider que, « dans ce cas, la révocation est double et la femme n'est pas « plus favorisée que le mari » [60]. Et c'est justice, car quelle serait au fond la raison de cette inégalité de traitement voulue par le projet? A moins de considérer la réciprocité des torts comme une sorte de provocation diminuant les fautes de la femme (le degré de cette atténuation varierait à l'infini avec les nuances de chaque espèce) et lui créant un semblant de titre à une condition meilleure, on cherche en vain d'autres raisons pour établir entre ces deux catégories de femmes séparées de corps une distinction aussi tranchée que celle du projet. Contentons-nous maintenant d'énoncer ses conséquences, elles sont assez choquantes pour entraîner son rejet.

Comparons la situation respective de deux femmes séparées

[59] M. Bardoux, Sén. Déb. parl., p. 45, col. 2.

[60] G. Bressolles, *Nouv. observ.*, p. 32.

Digitized by Google

de corps, l'une condamnée sur la demande du mari, l'autre conjointement avec ce dernier, et toutes deux, ce qui est possible, à raison de fautes identiques. A cette parité des situations devrait, semble-t-il, correspondre l'uniformité des conditions juridiques. Non pourtant. Condamnée seule sur la demande du mari, la femme est maintenue sous le joug de la puissance maritale, sauf quelques modifications destinées à en adoucir le fonctionnement. Condamnée, mais après avoir obtenu gain de cause sur une demande reconventionnelle, elle obtient le crédit d'une pleine capacité que pourra seulement limiter dans l'avenir l'interdiction ou la nomination d'un conseil judiciaire motivée par une prodigalité excessive. Et cette différence apparaît d'autant moins acceptable que l'une et l'autre se présentent en réalité sur un seul et même plan; toutes deux portées après la séparation à commettre des fautes de même ordre et à causer des déceptions égales dans l'exercice de leurs droits. Contrairement à toute logique cependant, elles sont loin d'être en butte à la même somme de défiance législative et soumises à des régimes différents et de rigueur très inégale [61].

En résumé, le projet sénatorial pèche par absence de cohérence rigoureuse dans ses dispositions principales. Comme il arrive trop souvent, il a perdu sous le coup d'amendements imprévus et tardifs l'unité que lui avait imprimée la commission chargée de le rédiger. Il repose enfin sur une distinction des plus critiquables et que nous repoussons [62]. Car ou l'incapacité

[61] On remarquera qu'après avoir emprunté au Code civil italien le principe d'un tempérament légal au profit de la femme qui a obtenu la séparation de corps, le projet du Sénat lui donne une portée très différente. D'après la loi italienne, (conf. art. 136 [1], cité à la note 54), il n'y a pas à rechercher si la séparation est due à la seule faute de la femme ou aux torts réciproques des conjoints; dans les deux cas, l'autorisation de justice est exigée, alors qu'en vertu des déclarations des auteurs du projet français, la femme recouvre la capacité civile dans l'une et l'autre de ces hypothèses.

[62] Aux critiques qui viennent d'être émises, M. Arnault en ajoute une autre qu'il faut prendre en sérieuse considération; à savoir l'extrême et fâcheuse variété de conditions (6 catégories distinctes) que le projet crée pour les femmes séparées de corps, complication presque inutile, si l'on n'a d'autre but que d'atteindre celles qui ont été condamnées pour inconduite, leur proportion n'ayant pas dépassé 3 0/0 en 1883 et 5 0/0 en 1885.

Digitized by Google

de la femme est de nécessité inéluctable pour la famille et pour elle-même; et, dans cette hypothèse, aucune circonstance ne permet d'en diminuer l'énergie, des mesures propres à en faciliter le fonctionnement étant seules désirables et admissibles; ou au contraire, l'incapacité est dépourvue de ce caractère spécifique; et, s'il est démontré en outre que l'état nouveau créé par la séparation de corps est, quoi qu'on fasse, réfractaire à aucune amélioration sérieuse, alors elle doit disparaître sans tempérament ni distinction d'aucune sorte.

V.

Le rejet du texte adopté par le Sénat restreint notre faculté d'option à ces deux thèses absolues : maintien ou suppression de l'incapacité pour la femme séparée de corps. Nous avons écarté la première et en principe accepté la seconde, sauf à substituer aux motifs mis en avant par le rapporteur du Conseil d'Etat, d'autres raisons qui nous paraissent plus décisives. Les voici : d'abord, l'indépendance juridique de la femme dans le mariage n'est pas, autant qu'on pourrait croire, une innovation sans précédents historiques; elle s'est déjà réalisée dans notre ancien droit, sous une forme un peu différente, il est vrai, de celle que nous voudrions lui donner, mais voisine quant à ses résultats pratiques; elle a laissé quelques traces qu'il est facile de relever; enfin, dans certaines régions de la France, elle a subi l'épreuve d'une longue expérience.

Il fut d'abord admis dans les pays coutumiers que la femme séparée de biens et, par voie de conséquence, la femme séparée de corps échappent à toute dépendance purement juridique à l'égard du mari. Les art. 224 et 234 de la *Coutume* de Paris disposant le premier que la : « femme ne peut ester en jugement sans le consentement de son mari si elle n'est autorisée ou *séparée en justice* », le second que la « femme mariée ne se peut obliger sans le consentement de son mari, si elle n'est séparée *par effet* » furent originairement entendus en ce sens que la séparation de biens principale ou accessoire restitue à la femme l'exercice de sa capacité civile. « Par conséquent, si elle est séparée par effet, il « est vrai de dire qu'elle pourra s'obliger et ester en jugement

Digitized by Google

« tant pour ses immeubles que pour ses meubles. Et c'est ainsi, « rapporte Laurière, qu'on a entendu cette coutume avant la « réformation [63]. » Dumoulin confirme expressément cette première interprétation dans ses notes sur les art. 170 et 232 de la Coutume du Bourbonnais : « Facta separatione, écrit-il, mulier « non est amplius in potestate mariti [64]. » Mais la tradition coutumière ne tarda pas à se fixer en sens opposé ; moins hardi que Dumoulin, Loysel exige l'autorisation de justice [65], et Laurière résumant les résultats d'une jurisprudence datant de 1623, constante à son époque, nous dit : « On tient aujourd'hui pour « maxime que la séparation n'opère précisément que ce que « l'émancipation produit à l'égard des mineurs qui ne les auto- « rise que pour la libre administration de leurs revenus [66] » et ailleurs : « Elle (la femme séparée de biens) devient semblable « aux mineurs émancipés qui ont l'administration de leurs biens, « mais sans pouvoir vendre, engager, ni aliéner leurs immeu- « bles pendant leur minorité [67]. » Toutefois on n'alla jamais jusqu'à rompre absolument avec cette ancienne règle que la femme séparée peut agir en justice sans autorisation du mari [68]. Bien plus, quelques coutumes dont Pothier cite les dispositions résistèrent résolument à ce mouvement de réaction et maintinrent le système primitif dans son intégrité originaire [69]. Si extensives qu'elles soient de la capacité de la femme séparée, aucune de ces interprétations ou dispositions de coutumes ne correspond direc-

[63] Laurière, note sur l'art. 234 de la Cout. de Paris, t. II, p. 221, édit. 1777.

[64] Dumoulin, *Notes sur les coutumes*, t. II, p. 742 et 743, édit. 1681.

[65] Loysel, *Institutes coutumières*, max. 24, livre 1er, titre 2, t. I, p. 160. Édit. Dupin et Laboulaye.

[66] Note sur la max. 24 de Loysel, *loc. cit.*

[67] Sur l'art. 224 de la Cout. de Paris, t. II, p. 198 et Pothier, *Puissance du mari*, n. 15.

[68] D'après Ferrière, au cas de séparation de corps et de biens, la femme peut valablement ester en jugement sans autorisation du mari (*Corps et compilation de tous les commentaires sur la* Cout. de Paris, sur l'art. 224, glose 2, n. 1, 2 et 30, t. II, p. 521) ; cette affirmation repose sur le texte formel de la coutume et constate la doctrine généralement suivie dans les pays coutumiers. Voy. Pothier, *Puissance du mari*, n. 61.

[69] Cout. de Montargis, art. 6, ch. 8 et de Dunois, art. 58. *Add.* Cout. de Sedan, art. 97, Bourdot de Richebourg, t. II, p. 835.

Digitized by Google

tement, ce point est d'évidence, à l'objet précis et exclusif du présent projet qui est de protéger la femme contre les abus de l'autorité maritale en cas de séparation de corps; nous avons tenu cependant à les rappeler parce qu'elles ont au moins pour notre thèse l'avantage d'établir qu'on peut considérer la subordination de la femme au mari comme un principe essentiel du mariage, (telle était bien certainement la pensée de Dumoulin autant que l'esprit des coutumes précitées), et admettre sans contradiction aucune que la rigueur de cette dépendance doit fléchir en certaines circonstances déterminées dont la séparation de biens et à plus forte raison la séparation de corps.

Quant aux pays de droit écrit, on sait que la jurisprudence de leurs parlements, sauf celle du parlement de Paris pour les pays de droit écrit ressortissant à sa juridiction, s'est constamment inspirée de cette règle dont la fréquence des constitutions de dot de biens présents et à venir réduisait, il est vrai, la portée pratique, que « l'autorisation du mari est hors d'œuvre à l'égard des biens paraphernaux », ce qui permettait à la femme, indépendamment de toute séparation judiciaire, de disposer librement des biens de cette catégorie [70].

En 1804, la condition juridique de la femme séparée de biens ou propriétaire de paraphernaux variait donc suivant les régions; ici, dominée par une autorité maritale durant autant que le mariage; là, munie d'un reste d'indépendance qui allait bientôt lui être enlevée; car, pour établir l'unité législative du pays, force était d'opter entre ces deux systèmes; et, lors de la confection du Code civil, on se prononça pour la prédominance des règles coutumières telles qu'elles avaient été décrites par Lebrun et Pothier, sur les errements des pays de droit écrit et des coutumes dissidentes. L'idée des auteurs de la législation nouvelle était de donner à la puissance maritale une généralité et une inflexibilité telles qu'elle ne pût être entamée par aucune circonstance survenue au cours du mariage, ni à la faveur d'aucune clause des conventions matrimoniales. Ont-ils réussi dans cette œuvre et surtout sont-ils parvenus à allier d'une manière satisfaisante le respect dû à l'autorité maritale avec l'exercice des pouvoirs d'ad-

[70] Argou, *Institutions au droit français*, t. II, p. 95 et 96.

Digitized by Google

ministration conférés à la femme par l'art. 1449? De cet essai de conciliation entre deux principes rivaux est sorti un système législatif mal construit et trop défectueux pour être plus longtemps maintenu. A notre avis, la seule solution acceptable serait d'émanciper la femme séparée de corps de toute incapacité quant aux biens. Mais essayons d'abord, cela pour répondre au reproche de bouleverser par une innovation irréfléchie l'économie de la loi actuelle, de montrer que celle-ci peut sans trop de peine se l'assimiler; après quoi, nous insisterons sur ceux des défauts du régime de la séparation de biens qui nous paraissent rendre une réforme désirable.

1° Quelque soin qu'ait pris le législateur de 1804 de briser par des dispositions précises (art. 223, 1538, 1576) avec des traditions d'indépendance que, suivant le tribun Duveyrier, « l'intérêt de la femme repousse, que la nature dément et que la loi française refuse » [71], il n'est pas sans avoir laissé passer dans son œuvre un certain nombre de décisions aussi contraires à cette déclaration de principes que compromettantes pour l'unité de la puissance maritale.

En regard des textes imprimant à l'incapacité de la femme l'énergie fixe et constante d'une règle « inflexible autant qu'universelle » [72], mise au-dessus de toute renonciation du mari formelle ou tacite (223, 1388, 1538), on en peut placer d'autres non moins expressifs, nous montrant cette même incapacité munie d'une certaine élasticité, grâce à laquelle elle s'affaiblit au degré voulu pour pouvoir s'adapter à quelques situations déterminées.

C'est ainsi qu'en dépit de l'art. 223 prohibitif de toute autorisation générale impliquant pour un laps de temps fixe ou indéterminé abdication de l'autorité maritale (prohibition dont l'article 1538 renouvelle et accentue la force), la femme habilitée une fois pour toutes à faire le commerce jouit d'une telle liberté d'action que « l'état de marchande publique, sous certains rapports, « la soustrait à la puissance maritale » [73]. En qualité de commerçante, elle peut disposer seule de ses biens mobiliers et im-

[71] Rapport au Tribunat, Locré, t. XIII, p. 297 et 393.

[72] Duvergier, *loc. cit.*

[73] Demante, t. I, n. 302, p. 466.

Digitized by Google

mobiliers (art. 7-1°, C. com.) et même faire rejaillir l'effet de ses obligations sur le mari dont les biens ne forment qu'une seule et même masse avec ceux de la communauté tant que ce régime développe normalement ses effets (art. 5, C. com. et 220, C. civ.) [74]. « Ainsi, dit M. Laurent, ce que le législateur défend de « faire par contrat de mariage, il le permet dans l'intérêt du « commerce; autoriser la femme par contrat de mariage à aliéner « ses immeubles, ce serait abdiquer la puissance maritale; l'au- « toriser à les aliéner comme marchande publique, ce n'est pas « l'abdiquer. Ce n'est plus là un principe, c'est l'absence de tout « principe [75]. »

D'autre part, ceci est pour notre thèse d'un intérêt capital, l'art. 1449 uniformément applicable aux deux séparations de biens conventionnelle ou judiciaire, a dès maintenant pour résultat de restituer à la femme une notable part de sa capacité. Mais, ceci a besoin d'être démontré, la plupart des auteurs contestant que le régime établi par le texte précité fasse grief en quoi que ce soit à la puissance maritale. Voici la formule du raisonnement classique : ce n'est pas, dit-on, en qualité de maître ou de chef légal de l'association conjugale que le mari gère les biens de sa femme; mais, ce qui est fort différent, en vertu d'un mandat exprès ou tacite qu'elle lui a volontairement confié, car la lettre du Code civil (art. 223, 1536, 1576) l'admet à se réserver personnellement l'administration de son patrimoine; donc, suivant une fine remarque, ce n'est pas la capacité d'administrer qui lui manque, mais (sous la plupart des régimes) la chose à administrer [76]. Et si, par hypothèse, elle s'est volontairement dessaisie, par une clause de ses conventions matrimoniales, de pouvoirs qu'elle aurait pu légalement conserver, rationnellement, elle doit pouvoir les recouvrer par l'effet d'une séparation de biens principale ou accessoire sans qu'il en résulte au fond aucun démembrement de la puissance maritale.

Théoriquement, ce raisonnement est d'une élégance impec-

[74] Dispositions spéciales au régime de communauté. Lyon-Caen et Renault, t. I, p. 96 et suiv.

[75] Laurent, avant-projet, etc., t. I, p. 455.

[76] Gide, *op. cit.*, p. 429.

Digitized by Google

cable; et ce n'est que par une flagrante inexactitude théorique que M. Laurent a présenté l'art. 1449 comme une grave dérogation à l'autorité du mari [77]. Mais, que vaut-il par rapport à la réalité des faits? Sous ce point de vue, le même auteur mieux inspiré exprime ailleurs un avis qui vaut d'être cité : « Le Code « Napoléon, dit-il, est illogique..... il déclare la femme incapable « de tout acte juridique à raison de l'obéissance qu'elle doit au « mari, puis il permet de déroger à cette obéissance pour les « actes d'administration et la disposition du mobilier. Est-ce « qu'il y a par hasard une fraction d'obéissance, un quart ou un « tiers de puissance maritale [78]? » Non certes, l'autorité du mari est, de son essence, indivisible; elle ne saurait être touchée dans l'une de ses prérogatives sans être ébranlée jusque dans son principe.

Or, tel paraît bien être pratiquement l'effet dernier des dispositions de l'art. 1449. Quelque peine minutieuse que les auteurs se soient donnée pour cataloguer les actes permis ou interdits à la femme séparée de biens; jusqu'ici il n'apparaît pas que leur casuistique si fertile en ressources ait découvert une règle de classification assez sûre pour limiter l'activité de la femme à l'objet précis que lui assigne l'art. 1449 et préserver ainsi l'autorité maritale de toute atteinte ou empiètement de fait. Très fréquemment, la femme séparée de biens sera placée dans la nécessité de s'obliger ou d'aliéner quelques valeurs mobilières; et, toutes les fois qu'elle y aura cédé, la validité de ses actes dépendra de l'appréciation arbitraire du juge, soit qu'il use de ses pouvoirs pour se faire de l'administration qualifiée libre par l'art. 1449 une idée si étroite qu'elle confisque à peu près à la femme toute initiative personnelle, soit au contraire qu'il s'en crée une idée si compréhensive qu'elle puisse servir de passe-port à des actes qui eussent exigé pour satisfaire aux prescriptions de l'art. 217 l'intervention du mari ou celle de justice [79]. Par où l'on voit que

[77] Laurent, t. 22, p. 301.

[78] Laurent, avant-projet, t. 1er, p. 455.

[79] Cass. 21 août 1839, 39. 1. 663 et 25 avril 1882, 83. 1. 221. Ces arrêts reconnaissent au juge du fond le pouvoir souverain d'apprécier suivant les circonstances (nature, objet et importance de l'acte) la validité de l'obligation contractée par la femme séparée de biens.

Digitized by Google

l'exercice des pouvoirs d'administration que la femme tient de l'art. 1449 peut lui permettre de battre en brèche sous plus d'un rapport essentiel la règle en apparence inflexible de l'art. 217; ce qui a permis de dire, avec raison selon nous, que « le droit « d'administrer contient la négation plus ou moins complète au « gré des tribunaux de l'incapacité de la femme mariée [80]. »

En résumé la condition juridique de la femme loin d'être toujours identique à elle-même comme le voudraient les art. 215 et suivants, varie au contraire et grandement pendant le mariage; pour la femme commerçante, un affranchissement quasi complet de la puissance maritale dans la sphère infinie des intérêts commerciaux; pour la femme séparée de biens, une semi-indépendance théorique que le juge peut, suivant le sens dans lequel il exerce son appréciation, transformer en une indépendance de fait. En présence de ces dispositions légales et de leurs résultats, la réforme du régime de la séparation de biens en un sens nettement libéral serait beaucoup moins l'introduction d'un principe absolument nouveau dans notre droit civil que la consécration de solutions qu'il contient en germe et la régularisation de certaines tendances de la jurisprudence.

2° Cette réforme est d'autant plus urgente que les vices de la loi corrigés en partie seulement, quand ils le sont, par la jurisprudence, prennent spécialement en cas de séparation de corps (nous verrons plus loin si la séparation de biens principale doit continuer d'être régie par l'art. 1449) une intensité vraiment intolérable et appellent un énergique remède dont nous emprunterions volontiers le principe au droit commercial.

Pour la femme commerçante de même que pour la femme séparée de biens, nous croyons avoir montré que la puissance maritale subit, quoi qu'en disent les textes, un amoindrissement certain tantôt de droit, tantôt de fait, mais, avec quel écart d'avantages pratiques. Alors que la femme commerçante trouve dans ses pouvoirs le moyen d'accomplir, avec une sécurité absolue pour elle et pour les tiers, la mission qui lui est dévolue, tout au contraire, la femme séparée de biens est privée de cet avantage essentiel.

[80] Acollas, *Manuel de droit civil*, t. I, p. 227, note 1.

Digitized by Google

La raison de ce contraste est que les auteurs de la loi commerciale se sont sagement abstenus de poursuivre la conciliation des contraires et n'ont pas tenté de maintenir de front la puissance maritale et l'initiative individuelle de la femme; sans restriction, ils l'ont reconnue apte à passer seule tout acte juridique nécessaire à son négoce; pratiquement, ils l'ont DOTÉE d'une faculté d'action assez nettement caractérisée pour lui permettre d'agir personnellement. Considérant les choses d'un point de vue tout opposé, les rédacteurs du Code civil n'ont réussi à créer pour la femme séparée de biens qu'un régime mal défini dont les nombreuses équivoques entravent son action personnelle par les pièges qu'elles tendent à la bonne foi des tiers et le soupçon d'irrégularité qu'elles font peser sur certains des actes les plus nécessaires à l'administration de son patrimoine.

Pour éviter toute exagération, reconnaissons cependant qu'il existe un certain fond de vérité dans cette diversité de vues. Théoriquement, la mesure de la capacité reconnue à la femme ne saurait être la même dans les deux cas : *a priori*, le commerce exige une plus grande liberté d'action que les affaires civiles; l'autorisation de faire le commerce implique une présomption sinon une preuve préalable d'aptitude et d'expérience qui n'est aucunement exigée de la femme séparée de biens pour lui confier l'administration de sa fortune; enfin, raison capitale, la femme commerçante agit avec le consentement du mari, la femme séparée en vertu d'une décision de justice obtenue contre lui; dans ce dernier cas, aucun abandon de la puissance maritale, ce qui explique que le législateur mû par le désir de la conserver dans la mesure du possible, ait conçu le projet de la maintenir concurremment avec la demi-indépendance attachée à la séparation de biens. En raison, la distinction est donc fondée; et nous contestons seulement la valeur de sa réalisation juridique. La formule de l'art. 1449 imprime à l'action de la femme une direction flottante, elle l'enferme dans un domaine de contours trop vagues pour qu'elle puisse s'y mouvoir à l'aise et sans risques pour les tiers. Au fond, ce qui manque au droit civil, c'est cette exacte adaptation des moyens à la fin si parfaitement réalisée par le Code de commerce; une rapide esquisse de l'insuffisance de la

Digitized by Google

jurisprudence et de la doctrine des auteurs sur les principaux aspects de ce difficile sujet mettra ce point en pleine lumière. Par là sera démontrée la nécessité de communiquer à la loi civile quelque chose de la simplicité du droit commercial [81].

En effet, sauf pour les actes d'administration courante tels que baux d'une durée inférieure à neuf années, perceptions et emplois de revenus, réceptions de capitaux, etc., à l'égard desquels aucune difficulté sérieuse ne saurait être élevée [82]; réserve faite de certains actes excédant manifestement les pouvoirs de la femme séparée (art. 776-1°, 905-2°, 1449-3°, achat à crédit de meubles ou d'immeubles [83], exercice d'actions en justice, transactions relatives à des droits immobiliers, compromis, etc); rien de fixe ni de précis dans l'exercice de ses attributions, les limites et la notion même de ses pouvoirs donnant prise à trop d'interprétations variées pour tracer à son activité un cercle d'action nettement circonscrit.

Nulle part, les inconvénients de cette incertitude légale ne sont plus frappants qu'à l'égard des aliénations de meubles et en ma-

[81] Notre thèse étant que la femme séparée de corps doit être affranchie de la puissance maritale, on nous reprochera peut-être de demander au droit commercial plus qu'il ne peut nous donner, car il est hors de doute qu'il laisse subsister l'incapacité de la femme commerçante pour tout ce qui est étranger à son négoce. L'objection ne nous paraît pas fondée ; car dans notre système toutes deux ne jouiront que d'une demi-capacité. En effet, de même qu'aujourd'hui la femme commerçante fait régulièrement, mais exclusivement, tout acte de commerce; de même, nous proposons d'accorder à la femme séparée de corps la faculté d'accomplir tout acte de caractère civil et d'intérêt pécuniaire. Mais ceci admis, certaines limites pourraient continuer de restreindre son indépendance comme d'autres restreignent actuellement celle de la femme commerçante. Exemple : pourrait-elle faire le commerce sans autorisation du mari ou de justice? louer ses services sans aucun contrôle? Questions dont la solution dépend de l'étendue qu'il conviendra de laisser au pouvoir du mari ou de la justice quant à la direction de la personne.

[82] Aubry et Rau, t. V, § 516, p. 403, 404. Guillouard, *Contrat de mariage*, t. III, p. 124, 129. M. Pâris est donc tombé dans une exagération évidente en affirmant que le refus systématique de l'autorité maritale peut empêcher la femme séparée de corps de toucher ses loyers ou autres revenus à elle dus. Séance, 20 janvier 1887, p. 33, col. 3.

[83] Demolombe, t. IV, n. 157. Colmet de Santerre, t. VI, 101 *bis* II. Guillouard, t. III, n. 1194.

Digitized by Google

tière de contrats. Car, si la faculté de contracter est, telle qu'on l'a considérée dans notre ancien droit[84] et sous l'empire du Code civil, afin de lutter contre l'antinomie des art. 217 et 1449, une dépendance étroite de l'administration, il en résulte qu'à l'exception des obligations portant l'estampille patente et indéniable de leur but, comme celles ayant pour objet la conservation, l'amélioration, l'exploitation d'un bien, etc., ou celles déterminées par les besoins de la vie journalière; nulle autre fût-elle, au fond motivée par un besoin de même ordre, n'échappe aux prises d'un soupçon d'irrégularité, partant à la menace d'une annulation ultérieure.

Ce doute s'applique d'abord aux opérations placées sur les confins assez vagues des actes d'administration et de disposition, parmi lesquelles il faut citer l'acquisition au comptant de meubles ou immeubles[85], le placement de capitaux à rente viagère[86], la conversion de titres nominatifs en titres au porteur, etc.[87], à plus forte raison, concerne-t-elle les contrats susceptibles d'appartenir à l'une ou l'autre de ces catégories, et, en cette qualité, exposés à revêtir tel ou tel caractère juridique suivant le but réel auquel ils tendent et les circonstances qui les motivent. Ainsi lorsqu'une femme achète un objet quelconque mobilier ou immobilier, suivant l'opinion la plus favorable, cette acquisition ne peut valoir que comme acte d'administration ou de placement, donc seulement si, au moment du marché, la femme disposait effectivement des fonds constitutifs du prix; de même, si elle s'engage par voie d'emprunt ou pour toute autre cause, la condition

[84] Pothier, *Puissance du mari*, n. 15. Bourjon, *Droit commun de la France*, 4me partie, sect. IV, § 18.

[85] Validité : Demolombe, t. IV, n. 157; Aubry et Rau, t. V, § 516, p. 404; Colmet de Santerre, t. VI, n. 101 *bis* II; Laurent, t. XXII, n. 297. Nullité : Guillouard, t. III, n. 1194. Agen, 9 novembre 1881, 82. 2. 233; Lyon, 7 février 1883, D. P. 85. 2. 74; Cass. 2 décembre 1885, 86. 1. 97.

[86] Validité : Aubry et Rau, t. V, § 516, n. 59, p. 404; Laurent, t. XXII; n. 298; Trib. de la Seine, 3 février 1869, D. P. 71. 3. 109. Nullité : Demolombe, t. IV, n. 158; Guillouard, t. III, n. 1196.

[87] Validité : Guillouard, t. III, n. 197; Laurent, t. XXII, n. 304; Buchère, *Valeurs mobilières*, n. 438; Cass. 15 juin 1876, 76. 1. 344. Nullité : Lyon-Caen, note sous Paris, 12 juillet 1869, 69. 2. 321.

Digitized by Google

de la validité de son obligation sera qu'elle ait bien pour objet de pourvoir à ce qu'on est convenu d'appeler une nécessité d'administration [88]. Mais, comment en aurait-on jamais l'assurance certaine au moment de la formation du contrat? D'abord, il faudrait savoir si le service en vue duquel il a été passé ou le motif qui l'a déterminé est ou non compris dans le cadre des nécessités de l'administration [89]; mais d'abord il y a de grandes incertitudes sur leur définition et, spécialement s'il s'agit d'un emprunt, le tiers-prêteur eût-il la preuve irréfragable que ses capitaux ne doivent être affectés à aucune dépense manifestement frivole ou improductive, ne sera jamais absolument garanti contre tout risque de nullité s'il peut être ultérieurement démontré que cet emprunt a franchi, par son importance relative ou à raison de quelque autre circonstance de fait, les limites d'une sage gestion [90].

Encore, si ces obligations étaient, ne fût-ce que pour contrebalancer leurs chances de nullité, couvertes d'une présomption de validité; au moins, le créancier échapperait-il, s'il est contraint d'exercer des poursuites, au fardeau d'une preuve qu'il lui sera toujours difficile, sinon impossible de fournir. Mais, aggravation nouvelle : « Comme la femme séparée est en principe in« capable de s'obliger, ceux qui prétendent faire exécuter l'obli« gation devront démontrer que leur débitrice était en contractant « dans le cas exceptionnel où elle a la capacité [91]. »

La perspective de ces risques multiples à peine atténués en cas d'annulation par l'application de l'art. 1312 ne peut que détour-

[88] Demolombe, t. IV, n. 161. Aubry et Rau, t. V, § 516, n. 77, p. 408. Rodière et Pont, t. III, n. 2193. Laurent, t. XXII, n. 310. Colmet de Santerre, t. VI, n. 101 *bis*, X.

[89] Paris, 1er juin 1824. S. Chr. Poitiers, 3 février 1858, 58. 2. 620.

[90] Montpellier, 18 juin 1830, 31. 1. 104. Caen, 6 mars 1844, D. P. 1845, 2, 210. Paris, 27 novembre 1857, D. P. 57. 2. 209.

[91] Colmet de Santerre, t. VI, 101 *bis*, X. Qu'on nous permette de critiquer cette déduction : au même titre que la femme séparée de biens dont les pouvoirs sont limités à l'administration du patrimoine, la femme commerçante, elle aussi, n'est investie que d'une demi capacité étroitement restreinte à ce qui concerne son négoce; néanmoins ses actes juridiques sont présumés relatifs à cet objet, donc réputés valables jusqu'à preuve contraire

Digitized by Google

ner les tiers de traiter avec la femme seule; elle les pousse au contraire, à subordonner leur crédit et par suite la conclusion du contrat à une autorisation du mari ou de justice leur donnant toute sécurité pour l'avenir [92]. Sans rien dissimuler de ces conséquences, M. Colmet de Santerre y voit l'avantage de contraindre la femme à « se faire autoriser toutes les fois qu'un doute « est possible sur l'opération qu'elle veut faire [93]. » Nous l'accordons pour la femme séparée de biens à laquelle il est relativement facile d'obtenir l'autorisation maritale et presque toujours sans aucune des difficultés inhérentes à la séparation de corps, dès qu'un seul doute s'élève sur la régularité de son action personnelle; mais, à l'égard de la femme séparée de corps, cet état de choses apparaît comme un vice saillant du régime actuel, et, pour tout dire, une sorte d'incohérence législative. Car, quel est en cette matière le trait dominant de notre législation? D'investir la femme séparée de pouvoirs plus étendus, ce qui doit être, que ceux d'un administrateur de la fortune d'autrui et même plus larges, ceci est une conséquence de sa maturité d'esprit, que ceux d'un mineur émancipé. Dans la pensée du législateur, la femme est donc présumée, au moins lorsqu'elle est majeure, douée d'aptitudes suffisantes pour agir personnellement dans une sphère relativement étendue. Cette donnée admise, logiquement, il fallait organiser une action vraiment personnelle de la femme et pour faire une réalité vivante de cette libre administration qui lui est confiée, savoir établir une ligne de démarcation précise entre les actes qui lui sont permis et ceux qui lui sont interdits; or, tout au contraire, on l'a parquée dans le domaine des actes dits d'administration *stricto sensu*, domaine si vague et si mal défini qu'elle doit souvent, même lorsqu'elle se maintient en fait dans les limites de ses attributions, solliciter par mesure de pré-

mise à la charge de celui qui veut les attaquer (Lyon-Caen et Renault, t. I, n. 191, p. 95). Ne serait-il pas logique de tenir compte de cette parité des deux situations pour les traiter de façon identique, et en même temps plus pratique de préférer aux complications du droit civil la simplicité de la règle commerciale?

[92] Cass. 12 mars 1844, 45. 1. 47.

[93] Colmet de Santerre, *loc. cit.*

Digitized by Google

caution l'autorisation du mari ou de justice. De toute cette confusion le résultat le plus appréciable est de rapprocher sensiblement la condition de la femme de celle du mineur émancipé; comme lui, en effet, elle est réduite à invoquer le secours d'une assistance étrangère pour un grand nombre d'actes, non des moins usuels; ainsi va s'effaçant la différence notable que la rédaction intentionnellement nuancée des art. 482 et 1449 a eu pour objet de mettre entre ces deux personnes. Était-il expédient de multiplier les cas où la femme doit en référer au mari pour se faire habiliter? Cela paraît d'autant plus choquant que si la séparation de biens est l'accessoire de la séparation de corps, une des meilleures raisons qu'on ait pu donner de cette décision légale est qu'une certaine indépendance juridique est nécessaire à la femme pour corriger l'influence pernicieuse de la désunion des conjoints sur l'exercice de la puissance maritale [94]; et pour diminuer la portée de cette inconséquence, en vain alléguerait-on qu'après tout, elle ne se fera sentir qu'à l'égard de quelques actes ambigus pour lesquels la rapidité d'action n'est pas d'ailleurs une condition essentielle; il serait trop facile de répondre qu'elle n'aura pas seulement pour effet de faire souffrir la femme de lenteurs d'autorisation mais ce qui est plus grave, de l'exposer à des risques d'extorsion ou de marchandage, etc., dont il est impolitique d'augmenter le danger par de trop lourdes exigences.

Aux inconvénients de ce système législatif, nous ne voyons qu'un remède : reconnaître à la femme séparée de corps l'entière capacité de s'obliger et de contracter [95]. Une interprétation même systématiquement extensive de la formule de l'art. 1449 ne serait qu'un palliatif insuffisant. Fût-elle, ce dont on ne saurait répondre, constamment suivie, elle resterait toujours sujette à varier soit d'après les circonstances de chaque espèce, soit avec

[94] Rodière et Pont, t. III, n. 2191.

[95] On remarquera que les mêmes auteurs (Voy. la note 104) qui, dans l'intérêt des tiers acquéreurs, déclarent la femme pleinement capable d'aliéner son mobilier n'admettent pas que ce même intérêt emporte pour elle capacité de s'obliger. Voici l'explication de M. Laurent : « Le nombre d'actes « d'administration est très limité, il est donc facile aux tiers de savoir si « la femme qui traite avec eux administre et s'oblige pour son administra- « tion; tandis que l'aliénation du mobilier n'a aucun rapport direct avec

Digitized by Google

l'appréciation du juge; elle laisserait subsister les effets essentiels de l'incapacité dont le maintien pourrait toujours servir d'argument aux solutions les plus restrictives. Enfin, elle serait impuissante à procurer cette clarté et cette fixité indispensables à la condition des personnes.

VI

A supposer que la femme fût reconnue capable de contracter, il lui faudrait encore plusieurs choses pour obtenir une pleine reconstitution de sa capacité civile : 1° Recouvrer la faculté d'aliéner ses immeubles que lui refusent avec une insistance marquée un certain nombre de textes (1409-3°, 1538, 1576-2°); 2° Etre dégagée des liens de doctrine et de jurisprudence qui restreignent encore sa faculté de disposer d'objets mobiliers; 3° Etre déclarée apte à ester en justice.

Donc il s'agirait d'abord de constituer sous le rapport d'une entière faculté d'aliénation, un régime commun aux meubles et aux immeubles. Mais, cette assimilation n'est pas la seule qui puisse se concevoir ni même la seule qui soit proposée; elle a sa rivale qui créerait l'unité de condition de ces deux catégories de biens par des moyens tout différents; celle-là respecterait cette doctrine que la femme ne peut disposer de ses meubles que dans un but d'administration, et en outre munirait certaines valeurs mobilières de garanties propres à assurer leur conservation dans le patrimoine de la femme; à plus forte raison, la laisserait-elle incapable d'aliéner ses immeubles.

Ainsi, les dispositions du Code civil sont attaquées de deux côtés opposés; et, en quelque sens qu'il doive s'opérer, un travail d'unification semble avoir de sérieuses chances de succès, tant il est de nature à séduire ceux qui désirent harmoniser notre législation avec l'état économique de la société moderne.

« l'administration des biens; il serait donc impossible aux tiers de savoir « si la femme qui aliène fait ou ne fait pas un acte d'administration. » (t. XXII, n. 310, p. 323). Nous répondrons qu'il n'est pas toujours aussi simple que l'affirme le savant auteur de discerner le but réel et le vrai caractère d'une obligation; à ce sujet des doutes peuvent surgir au moins égaux dans certains cas à ceux que peut soulever une aliénation.

Digitized by Google

Comme d'autres dispositions du Code civil, la distinction de l'art. 1449 entre les meubles et les immeubles est le reflet du vieil adage « *vilis mobilium possessio* », fondé sur une prétendue supériorité de la richesse immobilière que contredit le développement contemporain et continu de la fortune mobilière; préjugé d'autant plus perfide que les rédacteurs du Code civil emportés par le courant législatif du droit intermédiaire n'ont conservé que nominalement la classification traditionnelle des meubles et des immeubles, et lui ont au fond donné une portée toute nouvelle par l'annexion à la catégorie des meubles d'un certain nombre de biens classés autrefois comme immeubles ou même à peu près inconnus de l'ancienne jurisprudence (rentes foncières ou constituées; rentes sur l'État; actions industrielles; droit de propriété littéraire ou artistique, etc.) et d'une valeur économique au moins égale à celle de la moyenne des biens immobiliers. Faute d'avoir su, ce qui était à la rigueur possible dès 1804 [96], discerner les éléments les plus précieux de la fortune publique pour les englober en une même masse et leur donner une réglementation également protectrice, les auteurs du Code civil ont concentré presque exclusivement sur les immeubles les garanties légales de conservation, négligeant avec une imprévoyance toute nouvelle de prendre les mêmes mesures à l'égard des biens mobiliers les plus importants parmi lesquels les valeurs industrielles qui, elles aussi, (n'était-ce pas un titre à la sollicitude législative?) reposent sur un fond de richesses territoriales [97].

Avec le temps, le vice de cette classification s'est aggravé au point d'avoir le retentissement le plus fâcheux sur l'administration de la fortune des incapables. Quant à l'élément mobilier, la disposition en a été abandonnée presque sans aucune restriction à l'administrateur de la fortune d'autrui, tuteur, père adminis-

[96] Treilhard constatait déjà l'accroissementde la fortune mobilère (Fenet, t. XI, p. 34). Très peu d'années après la rédaction du Code civil, des textes spéciaux (décrets des 16 janvier et 16 mars 1808 autorisant l'immobilisation des actions de la Banque de France et des canaux d'Orléans et du Loing) vinrent parer pour certaines valeurs aux insuffisances de la législation nouvelle.

[97] Voy. Rossi, *Rev. de lég. et de jur.*, t. XI, p. 5.

Digitized by Google

trateur légal [98] et mari, au moins sous le régime dotal [99]. A l'inverse, l'aliénation des immeubles a été entourée de puissantes garanties; soumise pour la femme, sous quelque régime matrimonial qu'elle soit placée, à son consentement exprès: grevée pour le mineur d'une surcharge peut-être excessive de formalités onéreuses. Pour ce qui est de la capacité de la femme dotale ou de celle séparée de biens, soit commune, soit dotale, le système du Code civil aurait eu pour résultat, s'il n'eût été corrigé par l'initiative hardie, sinon toujours heureuse, de la jurisprudence [100] de faire varier son étendue, non, ce qui eût été rationnel, avec le degré de ses aptitudes pour les affaires, mais, ce qui est vraiment inadmissible, avec la plus ou moins forte proportion de meubles ou d'immeubles dont le hasard l'a rendue propriétaire. Maintes fois signalée, cette imperfection de la loi civile, atténuée dans ce qu'elle a de plus choquant par la jurisprudence, doit perdre les effets qui jusqu'ici n'ont pu lui être enlevés; spécialement, il faut effacer la distinction mise par l'art. 1449 entre les meubles et les immeubles. Mais par quel moyen? Encore une fois, celui que nous venons d'indiquer n'est pas le seul qui soit proposé. Ceux qui voient dans l'incapacité de la femme le rempart nécessaire des intérêts de la famille, maintiendraient pour elle l'incapacité d'aliéner ses immeubles et, sans rien changer à la doctrine dominante sur sa faculté de disposer des meubles corporels, exigeraient l'autorisation du mari ou de justice pour l'aliénation des valeurs mobilières, condition nou-

[98] Avant la loi du 27 février 1880, étrangère d'ailleurs à l'administration du père, la jurisprudence reconnaissait au tuteur le pouvoir d'aliéner les meubles incorporels du pupille sauf les restrictions résultant de la loi du 24 mars 1806 et du décret du 25 septembre 1813. (Cass. 2 février 1873, 73. 1. 61, et 4 août 1873, 73. 1. 441).

[99] Sous le régime dotal le mari a la libre disposition des meubles dotaux (Cass. 1er août 1866, 66. 1. 363. Aubry et Rau, t. V, § 537 *bis*, p. 600). Mais il en est autrement sous les régimes de communauté légale ou sans communauté pour les meubles propres de la femme (Cass. 4 août 1862, 62. 1. 935, et 17 décembre 1872, 72. 1. 421).

[100] Inaliénabilité de la dot mobilière, interprétation restrictive de l'article 1449-2° et de la capacité de la femme dotale séparée de biens, laquelle est loin de succéder aux pouvoirs du mari sur ses meubles dotaux. (Voy. Aubry et Rau, t. V, n. 539, p. 619).

Digitized by Google

velle procédant du même esprit que celle déjà prescrite par la loi du 27 février 1880 pour la conversion des titres nominatifs en titres au porteur et l'aliénation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs et interdits [101]. Nous aurons garde de nous engager dans cette voie non seulement parce qu'elle aboutit à un renforcement d'incapacité, — et nous en demandons l'abolition, — mais pour d'autres raisons encore. D'abord, on admettra difficilement que les conditions mises à l'aliénation des valeurs mobilières par la femme elle-même, c'est-à-dire par la propriétaire, soient modelées même de loin sur la réglementation des pouvoirs d'un administrateur de la fortune d'autrui. Ce serait créer une analogie forcée entre deux situations juridiques qui doivent rester distinctes, car, à la différence du tuteur qui, étant tenu de veiller avant tout à la conservation du patrimoine de son pupille, ne doit pouvoir le transformer que sous certaines conditions, la femme, « justement parce qu'elle est propriétaire et que sa situa-« tion nouvelle exige qu'on la laisse seule juge en cette matière « des motifs de ses convenances personnelles, » doit jouir d'une capacité plus étendue [102]. En même temps, ce serait surenchérir sur la rigueur du Code civil que de priver la femme du pouvoir

[101] En vertu d'une jurisprudence constante (Paris, 12 juillet 1869, 69. 2. 321, 1er mars 1875, 75. 2. 236, et 13 juin 1876, 76. 1. 344) dont la loi du 27 février 1880 exclusivement relative aux valeurs mobilières des mineurs et interdits, n'a sous aucun rapport infirmé l'autorité (Buchère, Comment. de la loi précitée, n. 76, et G. Bressolles, Expl. de cette même loi, p. 18), la femme est admise à convertir en titres nominatifs ses titres au porteur sans aucune autorisation du mari ou de justice; mais cette faculté a été critiquée comme une des plus dangereuses (Lyon-Caen, note sous Paris, 69. 2. 321) même par ceux qui en reconnaissent la légalité. (Laurent, t. XXII, n. 304, Guillouard, t. III, n. 1197) Afin de protéger la femme dans ses intérêts mobiliers, la commission du Sénat crut devoir renouveler une proposition relativement récente et soumettre l'aliénation des valeurs mobilières à l'autorisation du mari ou de justice (projet Bozérian, *J. offi.* 7 mai 1877; Voy. Cauwès, t. II, n. 1014, note 2). Cette partie du projet souleva de vives réclamations (MM. Naquet, séance 19 juin 1885, Sén. déb. parl., p. 712, col. 1) auxquelles la commission se résigna à donner satisfaction, ainsi qu'il résulte d'une comparaison de son texte primitif avec la formule un peu vague du texte adopté. Voy. les textes cités note 16.

[102] Saleilles, *Th. doct.*, p. 236.

Digitized by Google

qu'il lui reconnaît actuellement de disposer de ses valeurs mobilières et cela contrairement à ses intérêts les plus certains, tant il faut de libre initiative pour faire valoir ce genre de richesses, tant enfin de facilités juridiques pour la circulation de valeurs qui réclament de fréquentes et parfois immédiates transformations.

Mais l'état de la jurisprudence est tel qu'il ne suffit pas d'opposer une fin de non-recevoir à cette innovation restrictive de la capacité de la femme; encore faut-il montrer que sur ce point il serait utile de la proclamer pleine et entière. En effet, quant aux aliénations de meubles, leur validité dépend, suivant la jurisprudence et quelques auteurs, de cette circonstance qu'elles sont déterminées par un besoin d'administration dont les tribunaux ont mission d'apprécier en toute indépendance le degré d'urgence et de réalité [103]. On pressent de quels mécomptes cette théorie menace les tiers; et, si l'on comprend qu'il y ait lieu d'annuler les actes de disposition emportant avec eux la preuve d'une intention dissipatrice si évidente que l'acquéreur a dû nécessairement en être complice [104]; en revanche, on a peine à admettre qu'en bonne législation, le sort d'une aliénation puisse être compromis alors que ni la nature de l'objet vendu, ni une connaissance précise des circonstances concomitantes au contrat, n'ont pu mettre l'acquéreur en garde contre une éventualité d'annulation. Il va de soi que ce système ne pouvant que jeter le discrédit sur la solidité des aliénations consenties par la femme seule,

[103] Nancy, 24 juin 1854, 54. 2. 550; Paris, 10 janvier 1857, 57. 209; Paris, 12 mai 1859, 59. 2. 561; Alger, 22 janvier 1866, 66. 2. 193. — Demolombe, t. 4, n. 155, Buchère, *op. cit.*, n. 120, 436, 437. Guillouard, t. III, n. 1193. En sens contraire, Voy. Aubry et Rau, t. V, § 516, texte et note 56, p. 403. Rodière et Pont, t. III, 2190; Laurent, t. XXII, n. 301 et Colmet de Santerre, n. 101 *bis*, 3, qui considèrent la faculté de disposer du mobilier à titre onéreux comme constituant par elle-même un acte de libre administration, donc inattaquable dans son exercice sauf le cas de dissipation notoire. Voy. dans le même sens, Colmar, 8 août 1820, Sir. C. N., t. VI. 2. 306; Lyon, 18 juin 1847, 48. 2. 98. Ces deux derniers arrêts rejettent comme inutile une demande d'autorisation pour aliénation de meubles; Seine 9 juillet 1872 72. 2. 208.

[104] Cass. 30 décembre 1862, 63. 1. 257; 83. 1. 221.

Digitized by Google

l'oblige à solliciter l'autorisation du mari ou de justice pour vaincre les hésitations possibles de son cocontractant et le prémunir contre tout risque, par là il lui confisque indirectement l'exercice personnel de la faculté d'aliénation qu'elle tient de l'art. 1149. Pour toutes ces raisons il serait nécessaire de déclarer la femme pleinement capable; ainsi pourrait-elle agir d'elle-même et donner toute sécurité aux tiers acquéreurs par son action personnelle [105]. Cette solution aurait l'avantage d'investir la femme, ce qui paraît être au fond l'esprit du Code civil, de la capacité voulue pour faire prospérer la masse mobilière de son patrimoine [106]; enfin, qu'on le remarque bien, elle lèverait tous les doutes sur quelques opérations telles que les placements de capitaux, effectués par acquisition d'immeubles à l'égard desquels la jurisprudence s'est récemment montrée rigoureuse [107].

D'autre part, ce ne serait pas créer absolument de toutes pièces une nouvelle faculté au profit de la femme séparée que de lui reconnaître celle de disposer de ses immeubles; dès maintenant, elle est investie à leur égard d'une certaine capacité d'aliénation soit que par un subterfuge d'emploi toujours facile (une simple antidate) elle en aliène la nue-propriété [108], soit que d'après une doctrine qui s'est péniblement constituée au prix de longs tâtonnements, elle les affecte virtuellement comme tout autre élément de son patrimoine, au paiement des obligations qu'elle a

[105] M. Guillouard, t. III, p. 134, estime que l'application du système actuel ne compromet pas gravement l'intérêt des tiers au moins lorsqu'il s'agit d'aliénation de meubles corporels soit que ces aliénations constituent en général des actes d'administration, soit, ajoute le même auteur, mais ceci nous paraît sujet à de fortes constestations « parce que les tiers acquéreurs « pourront dans tous les cas invoquer l'exception de l'art. 2279. »

[106] Saleilles, *op. cit.*, p. 234.

[107] Cass. 2 décembre 1885, 86. 1. 97.

[108] Sous la simple condition de donner à un acte sous seing-privé date antérieure à la célébration du mariage, la femme peut disposer de la nue propriété de ses biens personnels (arg. art. 1410-2°) sauf au mari ou à la femme à exercer une action en nullité (art. 225) qui ne peut réussir que par la preuve de l'antidate (art. 1322). Les tiers ne consentiront donc à traiter que s'ils ont quelque raison de croire que cette preuve échouera; par là est diminué le parti que la femme pourrait tirer de l'art. 1410 pour neutraliser les effets de son incapacité.

Digitized by Google

régulièrement contractées. L'unique portée de cette innovation serait donc de lui reconnaître la faculté d'aliéner directement et d'hypothéquer que lui refusent aujourd'hui les art. 1449-3°, et 2124. En voici les raisons : s'il est à la fois admis que toute dette de la femme est gagée par l'ensemble de ses biens présents et à venir, mobiliers et immobiliers et qu'elle peut affecter par voie de nantissement telle ou telle valeur mobilière spécialement désignée, quelle qu'en soit l'importance, à l'acquittement de ses obligatinos [109], comment admettre que la constitution d'une hypothèque ne lui soit possible qu'avec l'autorisation du mari ou de justice? Rationnellement, il doit y avoir corrélation étroite entre la faculté de s'obliger et celle d'hypothéquer. Juridiquement la validité de l'hypothèque conventionnelle doit être avant tout liée à celle de l'obligation principale, d'où il résulte qu'une personne capable de prendre un engagement doit par cela même être reconnue capable de le munir d'une sûreté hypothécaire; nous reprochons aux rédacteurs du Code civil d'avoir méconnu ce principe pour l'organisation du régime de la séparation de biens; nous ne nous arrêterons pas à cette objection que la faculté d'hypothéquer est inutile à l'exercice normal et régulier des pouvoirs d'administration [110], car même dans ce domaine restreint, il est telle circonstance où elle devient indispensable; et les auteurs du Code de commerce ont montré, ce nous semble, une entente plus avisée des besoins de la pratique en établissant entre la capacité de s'obliger et celle d'hypothéquer un parallélisme exact (art. 6 et 9-1°, C. com.), qu'il y aurait tout avantage à établir au profit de la femme séparée de corps, non seulement si elle doit, comme nous le souhaitons, être déclarée apte à s'obliger indnfiniment sans restriction d'aucune sorte, mais encore si elle n'obtient rien au-delà de sa demi-capacité actuelle. Et par ce premier emprunt au droit commercial nous ne craindrons pas, l'aliénation étant traditionnellement réputée moins dangereuse que l'hypothèque, d'être par voie de conséquence entraîné à rendre à la femme le droit de disposer de ses immeubles par aliénation directe. Ainsi serait effacée cette

[109] Rodière et Pont, t. III, n. 2193.

[110] Demolombe, t. IV, n. 162, p. 172.

Digitized by Google

inégalité de traitement si malencontreusement établie par le législateur de 1804 entre les meubles et les immeubles.

Donc, loin d'enlever à la femme la maîtrise qu'elle est en voie de conquérir sur sa fortune mobilière, nous voulons l'élargir et la consolider par la rupture absolue des liens qui en restreignent aujourd'hui le libre exercice. Cette maîtrise, nous voulons l'étendre aux immeubles, et à cette libre disposition de ses biens mobiliers et immobiliers il nous semble que la femme trouvera ce double avantage : d'abord de se procurer sans complication, ni retard le crédit nécessaire pour contracter, enfin, ce qui peut encore être une nécessité d'administration, de pouvoir modifier au gré de ses intérêts, par des aliénations opportunes, la composition de son patrimoine. Cette réforme dont la hardiesse pourra être jugée excessive, suggérerait-elle quelque crainte sur les effets qu'il est permis d'en attendre? Son passé répond de son avenir. La longue épreuve qu'elle a subie dans les pays de droit écrit n'a permis de relever contre elle aucun grief sérieux, si ce n'est pour les rédacteurs du Code civil le défaut irrémissible de déranger la symétrie de leur œuvre et de heurter l'autorité des règles qui l'avaient finalement emporté dans le droit coutumier [111]. Au surplus, les formalités minutieusement protectrices dont la loi entoure les constitutions d'hypothèque et la gravité qui, dans l'état de nos mœurs, s'attache encore aux aliénations d'immeubles, suffiront, s'il en est besoin, à prévenir tout acte de disposition précipité, et dans la plupart des cas assureront, à défaut d'autorisation du mari ou de justice, la maturité du consentement de la femme.

Quant à la faculté d'ester en justice, dont l'exercice est si rigoureusement soumis par l'art. 215 à la nécessité de l'autorisation maritale, il nous paraît qu'il y aurait quelque contradiction [112] à maintenir le système du Code civil après avoir reconnu à la

[111] « L'indépendance de la femme, dit le tribun Gillet, choquait les idées « établies sur la protection que le mari doit à son épouse. » Locré, t. II, p. 405.

[112] Cette contradiction existe pour la femme commerçante à laquelle ne manque que la faculté d'agir en justice pour les besoins de son commerce; quelques coutumes la lui accordaient jadis (Pothier, *Puissance du mari*, n. 62) et à l'exemple de quelques législations étrangères MM. Lyon-Caen et Renault proposent de la lui restituer, t. I, p. 95.

Digitized by Google

femme le droit d'aliéner et de s'obliger librement; aussi proposerons-nous de déclarer la femme capable d'exercer ses actions judiciaires d'autant mieux que l'intervention nécessaire des tribunaux donnera toujours à la femme des garanties qu'il serait difficile de considérer comme insuffisantes [113].

VI.

Étant donnée l'incompatibilité du régime de séparation de biens avec l'exercice régulier, sûr et personnel des pouvoirs d'administration concédés à la femme par l'art. 1449, il nous reste maintenant à montrer que l'abolition de l'incapacité ne donne aucune raison de redouter ces conséquences dangereuses sur lesquelles les partisans du système de la commission ne se sont pas fait faute d'appeler l'attention du Sénat. Pour accuser ces périls et même les grossir, aucun argument ne leur a échappé, et il n'est pas jusqu'à la multiplicité et la diversité des raisons données comme explication de la puissance maritale qui ne les aient aidés dans cette tâche. Longtemps en effet, l'ingéniosité des interprètes a été tenue en échec par la quasi-impossibilité de ramener à une idée unique les dispositions contradictoires du Code sur cette matière. De cet effort devaient naître et sont nés quelques théories explicatives dont chacune est à la rigueur favorable au maintien de l'art. 217 en cas de séparation de corps; soit qu'on présente la puissance maritale comme un moyen de gouvernement domestique et la sanction nécessaire de la dépendance sous laquelle l'état de mariage place la femme à l'égard du mari; ou qu'on la considère comme un vestige du système ancien met-

[113] De cette double faculté de s'obliger et d'ester en justice découlera pour la femme la pleine faculté d'user des voies d'exécution forcée; d'une part en effet elle pourra désormais plaider sur les incidents que peut faire surgir une saisie mobilière, la seule qu'elle puisse pratiquer actuellement (Garsonnet, t. III, § 537). D'autre part, la saisie immobilière qui ne lui est permise aujourd'hui qu'avec l'autorisation du mari ou de justice (arg. art. 556, C. pr. civ.), parce qu'elle implique obligation éventuelle de rester adjudicataire pour la mise à prix, lui deviendra accessible sans condition; enfin sera dissipée toute hésitation sur la faculté de figurer dans un ordre, qui lui est encore contestée (Aubry et Rau, t. V, § 472, p. 139 et Demolombe, t. IV, p. 124).

Digitized by Google

tant à côté de chaque femme, fille ou veuve, un tuteur chargé de veiller à la conservation de son patrimoine et de la protéger contre sa propre inexpérience; soit enfin qu'on écarte par une synthèse hardie toute idée exclusive pour admettre que l'incapacité constitue tout ensemble un hommage rendu à l'autorité du mari et la sauvegarde des intérêts généraux de la famille dans lesquels sont nécessairement compris ceux de la femme elle-même. Cette explication complexe grandit le rôle de l'incapacité qui cesse ainsi d'être une pure dépendance de la vie commune pour devenir une conséquence du mariage lui-même. Les orateurs de la commission (MM. Allou et Denormandie) en ont judicieusement tiré parti pour tenter d'établir, sans succès selon nous, que la séparation de corps n'enlève aucune utilité à l'institution de l'art. 217.

Leur thèse est que si la séparation de corps trouble profondément la situation des époux, du moins faut-il tenir compte de ceci qu'elle n'a rien de définitif. Sans dissoudre le mariage, elle crée une situation qu'il est nécessaire de traiter en droit non comme irrévocable, mais comme transitoire; elle peut toujours cesser par une réconciliation dont l'incapacité sera la meilleure garantie, car, disait crûment Laurière : « Il serait dangereux que « pendant que les choses sont ainsi en suspens, il fût permis à « la femme d'aliéner ses immeubles, et en se ruinant de se « mettre hors d'état de retourner avec son mari qui ne voudra « plus la reprendre si elle n'a plus rien [114]. » Enfin et surtout, elle laisse subsister la famille avec ses besoins et quelques-unes de ses anciennes conditions d'existence exigeant plus que jamais la subordination de la femme au mari. En résumé, on prétend qu'elle ne détruit aucun des intérêts en vue desquels l'autorité maritale a été établie et que peut-être même elle en fait surgir de nouveaux qu'il serait imprudent de négliger.

D'abord, l'obligation de secours et d'assistance mentionnée par l'art. 212 survit à la séparation de corps; dans l'avenir, elle se résoudra en allocations pécuniaires pour le conjoint privé de ressources, à moins que la justice, usant des pouvoirs qu'elle paraît tenir de l'art. 301, n'ait, par le jugement même de séparation de corps, alloué une pension alimentaire à celui des époux

[114] Laurière, sur l'art. 234 de la Cout. de Paris, t. II, p. 222.

Digitized by Google

en faveur duquel il est prononcé [115]. Or, dit-on, n'est-il pas à craindre que la femme n'use de sa pleine capacité pour dissiper son patrimoine et se mettre ainsi dans l'impossibilité de faire face à ses engagements? On a beaucoup insisté sur cette situation, comme si elle plaçait le mari dans un réel état d'infériorité et le livrait à des dangers auxquels lui seul serait exposé; mais, n'a-t-on pas réfléchi que la femme, elle aussi, court le risque de subir le contre-coup des prodigalités et de la ruine du mari; et, comment n'a-t-on pas aperçu qu'on pourrait en vertu du même raisonnement aboutir à cette conséquence dépassant de beaucoup la pensée de ses auteurs, que la capacité du mari lui-même dût être aussi restreinte pour la sauvegarde des intérêts de la femme? Il faudrait le décider pour la sûreté de l'obligation d'aliments considérée dans son état purement éventuel; logiquement, il y aurait lieu d'en assurer l'exécution au profit de la femme, à supposer que le législateur crût devoir garantir également l'exécution de cette obligation au profit des deux conjoints [116]. Quant à l'obligation alimentaire dont l'exigibilité et le quantum ont été après la séparation de corps reconnus et fixés par jugement, ce n'est pas la suppression de l'incapacité qui en compromettra sérieusement le service en tant qu'il incombe à la femme; car s'il y a quelque raison de craindre que la débitrice tente de s'y soustraire par des aliénations simulées, ou quelque autre fraude la mettant dans un état d'insolvabilité apparente, il dépendra toujours du juge de les déjouer par anticipation en imposant à la

[115] Cass. 2 avril 1861, 61. 1. 410. Cette pension alimentaire allouée en vertu de l'art. 301, C. civ., constitue une indemnité du préjudice causé à l'un des époux par la séparation; à ce titre elle devait présenter les caractères d'une créance ordinaire transmissible aux héritiers du débiteur (Grenoble, 11 juillet 1863, 64. 2. 14), et garantie par l'hypothèque judiciaire (Cass., 14 juin 1853, 53. 1. 609). Donc, sous ce premier rapport, égalité de sûreté pour les deux conjoints.

[116] Ceci serait d'autant plus nécessaire que malgré les termes compréhensifs de l'art. 2121; l'hypothèque légale ne garantit pas l'exécution de l'obligation alimentaire fondée sur l'art. 212. Aubry et Rau, t. III, p. 217, n. 264 *ter*[2°], note 6. Grenoble, 6 février 1868, 68. 2. 138. Mais il a été décidé que tout jugement de condamnation à une pension alimentaire remporte hypothèque judiciaire. Pont, *Priv. et Hyp.*, t. I, p. 636, et Lyon, 19 juin 1872, 73. 2. 21.

Digitized by Google

femme la prestation de certaines sûretés (affectation de capital ou caution), dont le but précis et nettement déterminé sera de protéger le mari au moins contre l'effet de manœuvres concertées, sinon contre l'effet d'une insolvabilité réelle qui ne peut être qu'une cause d'extinction totale ou de réduction de sa créance (arg. art. 208 et 209) [117]. Des mesures du même genre peuvent présenter un égal caractère d'urgence à l'égard du mari et à ce titre pourront être prescrites contre lui. Donc, sous quelque rapport qu'on l'envisage, la situation est la même pour les deux conjoints; conséquemment si l'on croit nécessaire de donner à l'exécution de la dette alimentaire quelques garanties, de toute nécessité, il faut les imposer également aux deux époux; mais dans ce but il serait excessif de maintenir uniquement la femme, à titre de mesure de défiance, sous le régime de l'incapacité.

On fait valoir en outre que le mari dont les immeubles restent grevés par la séparation de corps, d'une hypothèque légale générale garantissant l'universalité de ses obligations envers la femme (art. 2121), doit en bonne équité recevoir des sûretés équivalentes pour l'exercice des gains de survie dont il peut être resté créancier éventuel, alors surtout que l'art. 1518 du Code civil l'oblige par surcroît à fournir caution à la femme certainement pour garantir la restitution de l'ensemble des valeurs préciputaires dont il conserve la détention en cas de renonciation à la communauté [118], et même, suivant quelques auteurs et la lettre du texte, pour restitution de la quotité du préciput dont le partage par moitié des biens communs (art. 1474) l'a laissé détenteur en cas d'acceptation [119], l'art. 1518 n'astreignant la femme à prester au mari aucune sûreté du même genre pour la conservation de ses droits. « De là, dit M. Laurent, une anomalie qu'il est très « difficile d'expliquer. La situation du mari qui a obtenu le « divorce (ou, faut-il ajouter, la séparation de corps) étant « identique avec la situation de la femme qui l'a obtenu, pour-

[117] Demolombe, t. IV, n. 68 et 69. Lyon, 5 février 1869, 69. 2. 250. Montbrison, 6 mars 1872, 73. 2. 20.

[118] Aubry et Rau, t. V, p. 501, § 529, note 16.

[119] Colmet de Santerre, t. VI, n. 185 *bis*, IV et Laurent, t. XXII, n. 359, p. 360.

Digitized by Google

« quoi la loi ne donne-t-elle pas au mari une garantie qu'elle « accorde à la femme ? De bonnes raisons, nous n'en connais- « sons pas pour expliquer cette différence. Tout ce que l'on « peut dire, c'est que la loi se montre plus favorable à la femme « qu'au mari dans toutes les situations où ses droits sont égaux. « Le législateur, habitué à lui accorder des priviléges, lui en « donne un en matière de préciput bien que ce privilège n'ait « pas de raison d'être [120]. » Or, dit-on, cette inégalité de traitement manifestement choquante en matière de divorce trouve dans la puissance maritale un correctif qui laisse le mari séparé de corps, suffisamment armé pour prévenir les actes de dissipation les plus compromettants pour ses intérêts. Cette situation, la commission entend la conserver et peut-être faudrait-il être de cet avis si réellement elle établissait entre les deux conjoints une réelle réciprocité. Mais il en est autrement ; au fond, l'inégalité est l'âme du système actuel ; car l'obligation de fournir une caution et l'existence d'une hypothèque même générale ne causent pas à beaucoup près au mari une gêne comparable à celle qu'impose à la femme le maintien de son incapacité. Toutefois, il importe de faire droit dans une certaine mesure à l'observation qui vient d'être rapportée. En présence des art. 1518 et 2121, il ne conviendrait pas de proposer une suppression pure et simple de l'incapacité sans aucune compensation pour le mari ; nous voudrions seulement qu'en retour du plein exercice de ses droits qui lui est rendu, la femme fût obligée, par une disposition nouvelle, de fournir au mari des sûretés égales à celles qu'elle est en droit d'exiger de lui. Par là, serait établi entre les époux une égalité de situations qui, à vrai dire, n'a pas encore existé et dont il semble que le bénéfice devrait, par identité de motifs, être étendu au divorce.

On ajoute qu'un retour pur et simple à la capacité contient des conséquences inadmissibles. Voudrait-on par exemple restituer à la femme la libre faculté d'acquérir à titre gratuit soit entre-vifs, soit à cause de mort ; mais, l'honneur de la famille, aussi bien celui du mari, que celui des enfants, est intéressé à ce qu'un contrôle sévère puisse être exercé sur la cause et l'origine des libé-

[120] Laurent, *loc. cit.*, et Colmet de Santerre, VI, *loc. cit.*

Digitized by Google

ralités qui lui sont offertes [121]. Ce point nous paraît devoir être mis hors du débat; et nous pensons que les art. 776 et 934 doivent être maintenus comme conséquence de l'autorité du mari sur la personne de la femme, autorité que nous voulons maintenir dans son intégrité [122].

Puis, dit-on, à quel hasard ne livre-t-on pas l'avenir des enfants, si la femme recouvre la libre disposition de son patrimoine; n'en usera-t-elle jamais pour se livrer à d'aventureuses spéculations ou favoriser l'un de ses enfants par des libéralités injustes? Nous répondons que c'est vraiment faire trop peu de fond sur l'affection maternelle qui, dans l'immense majorité des cas, inspirera à la mère un usage de ses droits tout autre que celui qu'on redoute. Déjà, on la juge assez clairvoyante et assez ferme pour recevoir à l'exclusion du père la garde et la surveillance des enfants [123]; comment ne serait-il pas contradictoire de la maintenir sous un régime d'exception dans l'unique but de sauvegarder leurs intérêts pécuniaires? Et, si des abus sont réellement à craindre, ce n'est pas seulement la femme qu'il faut mettre dans l'impossibilité de les commettre, mais aussi le mari; en fait, les deux conjoints donnent prise au même degré de suspicion; donc il faudrait édicter contre chacun d'eux des mesures de défiance qui leur fussent communes, et communes aussi bien à la séparation de corps qu'au divorce qui créent pour les enfants une situation également dangereuse. On y a quelquefois songé, cependant, il n'a jamais été donné suite aux diverses propositions, soit de limiter la capacité des époux dans l'intérêt des

[121] M. Denormandie, séance 19 janvier 1887, Sén. Déb. par., p. 24, col. II.

[122] Conf. M. Denormandie, Sén. Déb. parl., 1887, p. 24, col. 2. En sens contraire, M. Léon Renault *ibid.*, p. 29, col. 3. Les dons manuels étant soumis aux règles de fond des donations, il est intéressant malgré la difficulté de preuve de maintenir à leur égard la règle de l'incapacité.

[123] Les art. 202 et 303, étendus par une jurisprudence constante à la séparation de corps, donnent aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire pour la désignation de la personne à laquelle doit être confiée la garde des enfants (Cass. 23 février 1881, 81. 1. 309), sans que cette décision emporte déchéance de la puissance paternelle pour le père auquel la garde des enfants est refusée. Conf. Aubry et Rau, t. V, § 494, p. 202 et Demolombe, t. IV, n. 511, p. 583. Paris, 2 mars 1867, Cass. 29 juin 1868, 68. 1. 402 et la note de M. Am. Boullanger.

Digitized by Google

enfants, soit de ménager à ceux-ci une certaine mainmise sur le patrimoine de leurs parents; sans doute parce que les abus, quoique possibles, sont en fait assez rares, prévenus et combattus qu'ils sont par l'effet de sentiments naturels infiniment plus puissants qu'aucune disposition de loi restrictive. Ainsi l'a toujours estimé à une exception près (art. 305, C. civ., abrogé par la loi du 27 juillet 1884), le législateur français qui récemment a eu l'occasion d'affirmer une fois de plus ses idées par le rejet d'amendement formulés au cours des débats de la nouvelle loi sur le divorce [124]. Ces propositions furent écartées pour le divorce et à plus forte raison devraient-elles l'être pour la séparation de corps : d'abord ces mesures restrictives n'atteindraient pas que des personnes oublieuses de leurs devoirs de famille, par leur généralité elles pèseraient d'un même poids sur des conjoints dont il peut être inutile de restreindre les droits; d'autre part, cette ouverture anticipée et partielle de la succession des parents ébranlerait le principe de leur autorité et achèverait de détruire ce que la séparation de corps laisse subsister de la famille; puis, à quoi bon légiférer en vue de dangers qu'un recours pur et simple au droit commun permettra toujours de conjurer dès qu'ils deviendront réellement menaçants? L'interdiction ou la nomination d'un conseil judiciaire arrêteront net toute prodigalité ou mettront fin sur le champ aux erreurs d'une administration désastreuse; et s'il est nécessaire, l'institution de la réserve limitera dans une juste mesure l'usage excessif que la femme pourrait être tentée de faire de son droit de disposer à titre gratuit.

Nous pensons avoir réduit à leur juste portée les motifs de défiance formulés contre la femme séparée de corps; mais à les supposer fondés (et nous nous placerons à ce point de vue pour clore cette discussion), ne justifieraient-ils que le maintien pur et

[124] Amendements : 1° de M. Ganault portant attribution aux enfants d'un quart ou d'un tiers du patrimoine de chacun des conjoints divorcés exigible à leur majorité et en cas de second mariage ou de destitution de la tutelle prononcée en vertu de l'art. 448, repoussé par la Ch. des dép. (Séance du 17 juin 1882. Ch. déb., parl., p. 934), et 2° de M. Delsol, appliquant l'article 305 du Code civ. à l'époux contre lequel le divorce a été prononcé pour cause déterminée, repoussé par le Sénat, séance 23 juin 1884; Sén., Déb. parl., p. 1170.

Digitized by Google

simple du système législatif qui nous régit ou plutôt n'exigeraient-ils pas qu'il fût réformé dans le sens d'une plus grande rigueur. Si l'on est convaincu de l'inexpérience et de la légèreté native de la femme, ou simplement désireux de protéger la famille contre les fautes conscientes ou non de son administration, il paraît difficile d'échapper à la nécessité de remanier les dispositions équivoques de l'art. 1449 qui ont donné lieu à tant d'interprétations divergentes et quelques-unes si indulgentes qu'elles fournissent à la femme le moyen de se ruiner. Si l'on est arrêté par la crainte de compromettre par un excès de rigueur l'existence du régime de séparation de biens, à tout le moins doit-on prendre des précautions suffisantes pour que la demi-indépendance accordée à la femme séparée de corps ne puisse jamais passer pour une récompense de son inconduite. En général, ce point de vue a été négligé sauf par M. Bressolles qui en développe ainsi les conséquences : « On pourra, ce semble, ne pas lui (à la femme « condamnée) accorder, dans tous les cas, tous les avantages de « la séparation de biens ordinaire. Admettons-le pour la séparation de biens résultant de la séparation de corps, à la charge, « cela va sans dire, des obligations alimentaires qui pourraient « lui être imposées par jugement. Mais, faudrait-il aller plus « loin et lui laisser la disposition de son mobilier, même à titre « onéreux, en dehors des nécessités d'administration, sans aucun « contrôle sinon de son mari, comme on le verra plus bas, au « moins de la justice [125] »? Nous reprocherons à cette solution, dont le point de départ est juste, un excès de timidité. Mieux vaudrait retirer à la femme toute faculté d'aliéner son mobilier que d'en subordonner l'exercice à des conditions de fait dont les tiers ne peuvent contrôler ni vérifier l'existence. Et d'autre part la pensée sous l'empire de laquelle écrit M. Bressolles nous paraît contenir le germe d'un système beaucoup plus radical que celui qu'il propose : car, s'il s'agit d'éviter à tout prix le scandale de dissipations favorisant en fait des désordres de conduite, pourquoi hésiter à priver la femme de toute initiative dans les choses du droit et lui laisser d'autres ressources que celles d'une pension alimentaire souverainement fixée par les tribunaux? Selon toute

[125] Bressolles, *Rec. de l'Acad. de lég. de Toulouse*, t. XXXIII, p. 213.

Digitized by Google

probabilité, cette mesure extrême n'aurait aucune chance d'être adoptée, et pourtant, en dehors d'elle il n'en est aucune qui nous paraisse assez efficace pour lutter avec avantage contre les périls qui viennent d'être rappelés.

Aussi bien, toutes ces théories contraires à l'indépendance juridique de la femme séparée de corps s'inspirent de vues surannées et de plus en plus abandonnées sur le caractère de son rôle dans la famille; maintenant, on a cessé de croire qu'il faille exclusivement redouter son inexpérience et sa légèreté; on commence à comprendre qu'il est non moins utile de prendre quelques précautions nouvelles contre les défauts et les vices possibles du mari; par une meilleure appréciation des qualités d'ordre et d'économie dont font preuve tant de mères de famille, on en vient à songer, dût la puissance maritale en être amoindrie, à doter la femme de l'influence et des moyens nécessaires pour les faire valoir au plus grand avantage de la famille entière.

En France, on ne peut encore signaler qu'une tentative unique faite en ce sens et encore n'a-t-elle pas été couronnée de succès [126]; récemment M. Glasson, en regrettait l'échec, et l'éminent professeur, songeant à généraliser la réalisation d'une idée dont cet inutile essai n'était qu'une première et timide application, souhaitait qu'on organisât enfin à l'intention des femmes de la classe ouvrière auxquelles la séparation de biens est en fait inaccessible, une procédure expéditive et peu coûteuse qui leur permît de se protéger, elles et leurs enfants, contre le gaspillage du chef de la famille. Dans ce but, elles seraient admises à se faire autoriser par le juge soit à conserver l'intégralité de leur salaire, soit même à pratiquer une saisie-arrêt entre les mains du

[126] Au cours des travaux préparatoires de la loi du 9 avril 1881 portant création des caisses d'épargne postales il fut proposé par M. Bozérian que le mari ne pût retirer les sommes déposées par sa femme sans le consentement de celle-ci, proposition dont le but évident était de donner à l'esprit d'épargne une stimulant énergique. Cette proposition n'a pas été acceptée; l'art. 6, al. 5, de la loi précitée n'admettant la femme à effectuer ses dépôts qu'en vertu du mandat général dont son mari est censé l'avoir investie pour les affaires de la communauté (art. 1420). Conf. Testoud, *Rev. crit.* 1881, p. 579 et Planiol, *ibid.*, 1882, p. 42 *Les Caisses d'épargne et le régime de communauté.*

Digitized by Google

patron sur une partie de ce qu'il verse périodiquement au mari [127].

Nous adhérons volontiers à ce projet dont tant de misères accusent le caractère d'urgence; nous en désirons d'autant plus le succès qu'il accoutumerait les esprits à l'idée de l'indépendance de la femme et les préparerait à accepter la réforme de la séparation de corps proposée par le Conseil d'État et accueillie avec faveur par la Chambre des députés, si tant est qu'elle paraisse trop hardie ou trop prématurée pour triompher dès maintenant.

(*à suivre*) JULES CABOUAT.

DE LA PROPRIÉTÉ DES MINUTES DES ANCIENS TABELLIONAGES,

Par M. E. TAINTURIER, avocat général près la Cour de Douai.

L'art. 60 de la loi de ventôse an XI attribue aux notaires la propriété des minutes de leurs offices. Il ne peut donc s'élever aucune difficulté lorsqu'il s'agit de documents postérieurs à cette loi ou même d'actes reçus et conservés antérieurement par des notaires qui les ont transmis à leurs successeurs; mais il en est autrement pour ce qui concerne les minutes des actes déposés dans les greffes des tabellions dont quelques-uns instrumentèrent jusqu'à la Révolution. Les archivistes des départements ont souvent obtenu la remise de ces documents qu'ils classaient aux archives départementales et dont on ne songeait pas dans les chambres de notaires à disputer la propriété. Il paraît cependant qu'un intérêt assez important pour les notaires ou leur clientèle se rattache à cette question. Rassembler au chef-lieu de département sous la direction d'un homme expérimenté tous les documents qui sont du domaine de l'histoire, me semble une œuvre de conservation très utile et de nature à faciliter les recherches; mais il importe de ne point sacrifier des droits

[127] Glasson, *Le Code civil et la question ouvrière*, Vergé, *Trav. de l'Acad. des Sc. mor. et polit.*, 1886, *CXXV*, p. 881. Dans le même ordre d'idées, M. Ern. Legouvé a depuis longtemps proposé de confier à un conseil de famille conjugal la faculté de transférer à la femme l'administration de la communauté en cas de prodigalité ou d'incapacité du mari (*Hist. morale des femmes*, 7e édit., p. 160 et suiv.).

Digitized by Google

acquis, et de laisser à la garde de ceux que la loi a institués à cet effet les écrits qui intéressent les familles et qui, au point de vue d'une saine morale, ne peuvent être dans des dépôts publics offerts à la curiosité de chacun.

Récemment la chambre des notaires de Saint-Omer a résisté aux revendications de M. l'archiviste du Pas-de-Calais, et M. le ministre de la Justice, par une décision en date du 18 mai 1889, a attribué aux seuls notaires la propriété des minutes du tabellionage qu'un sieur Greusse avait exercé, en Artois, jusqu'au 2 fructidor an XII (20 août 1804).

Sous l'ancien régime, la juridiction contentieuse et volontaire était entre les mains du seigneur qui délégua ses pouvoirs à des officiers de justice et longtemps le commis du juge, c'est-à-dire son greffier, enregistra les volontés des parties et dressa les actes de la juridiction volontaire. Puis on sépara les deux juridictions, et dans les villes où il y avait bailliage et sénéchaussées on créa les offices des tabellions qui furent autorisés à commettre des clercs ou substituts chargés de dresser les actes en leur nom dans les villes ou bourgs éloignés du bailliage. On désigna ces clercs sous le nom de notaires parce qu'ils prenaient note des conventions qu'ils remettaient aux tabellions pour les signer, les inscrire sur leurs registres et en délivrer expéditions aux parties.

L'institution des tabellions-notaires était imparfaite, car elle avait à lutter contre l'Église. En effet, les officiers ecclésiastiques institués pour recueillir et conserver les actes des martyrs s'ingéraient dans les affaires civiles et étendaient leurs attributions selon leur bon plaisir et leurs intérêts. Cahrles VIII, dans son ordonnance du 28 décembre 1490, chercha a arrêter les empiètements du spirituel dans cet ordre de choses. Il défendit en conséquence à tons ses sujets de passer des contrats par devant des notaires impériaux apostoliques ou épiscopaux. Tous actes dressés par eux, tous contrats consentis en leur présence étaient réputés nuls. Il déclara en outre que les gens d'Église ne pouvaient être admis à exercer les fonctions de notaires royaux.

Sous Charles V l'institution du notariat prend naissance, elle se sépare du tabellionage. Les notaires ne seront plus les simples

Digitized by Google

commis des tabellions, il auront une existence propre et formeront une honorable corporation. En effet, dans son ordonnance du 14 octobre 1531, le roi exige que les candidats aux fonctions de notaires soient des gens bien famés et renommés. Il consacre ainsi un édit de Charles VIII (1485) par lequel il était déclaré que la paroisse de Saint-Martin en l'élection de Lizieux avait à tort assis en la taille ayant cours en la dite paroisse Pierre Dumesnil parce qu'il avait, quoique d'origine noble, exercé l'office de tabellion ou notaire. Le roi affirma qu'il n'avait point dérogé et devait conserver son titre de noblesse avec les privilèges qu'il comportait.

Charles V, dans la même ordonnance, exige, outre les garanties de moralité, des garanties de capacité. Le notaire ne sera plus un rédacteur muet de la volonté des parties, il va jouer un rôle dans la société qui se forme et devenir le confident des familles, le conseil de tous ceux qui feront appel à ses lumières. Le candidat devra passer des examens devant les juges royaux. Les notaires ne seront encore que les rédacteurs des actes et leurs minutes devront être déposées au greffe du Gros; mais c'est un simple dépôt, comme nous le verrons dans la suite. Ils ne seront plus les délégués du tabellion; ils auront un titre, les minutes seront leur œuvre et déjà ils auront sur elles un droit incontestable qui sera solennellement reconnu lorsqu'on supprimera le tabellionage.

François Ier, par un édit donné à Angoulême en novembre 1542, consacra cette division des notaires-tabellions et détermina les attributions des notaires.

Le tabellionage subsistait encore, mais il paraissait condamné. Le prince le donnait à ferme pour neuf ans, et à l'expiration du bail, le fermier emportait tous les contrats et obligations qui lui avaient été déposés. C'était sa propriété; il n'avait que l'obligation de conserver les actes et d'en délivrer des grosses sur les réquisitions des parties. Il pouvait même vendre ou céder son droit à autrui. Le prince, le seigneur ou l'État n'eurent jamais aucun droit sur les minutes que le tabellion détint exclusivement jusqu'au jour où l'institution du tabellionage vint se fondre dans celle du notariat.

Chaque fois que dans une province on supprimait les tabel-

Digitized by Google

lions, les minutes étaient distribuées aux notaires comme nous le verrons plus loin. Lorsqu'au contraire, postérieurement à l'édit de mai 1597 qui les supprimait dans les domaines royaux, quelques seigneurs les conservaient, l'institution fonctionnait comme par le passé et les notaires déposaient leurs minutes au tabellionage. L'édit d'avril 1675, portant création d'un office de tabellion dans le ressort du Conseil souverain de Tournai, détermine de la manière suivante les attributions des tabellions et des notaires :

« Le tabellion devra recevoir, garder, grossoyer, sceller (du scel « royal) et signer tous contrats, obligations, testaments et « autres actes passés par devant notaires ou hommes de fief dans « toute l'étendue dudit Conseil. Le même édit (enregistré le « 14 juin de la même année) oblige tous les notaires, hommes de « fief, etc., à déposer au tabellionage de la juridiction dans la- « quelle chacun d'eux exerce son office, toutes les minutes ori- « ginales des contrats passés depuis le commencement de jan- « vier 1671. »

Henri IV, dans un édit de mai 1597, supprima dans ses domaines les tabellions et réunit leurs fonctions à celles des notaires royaux. Il prescrivit la vente des anciens offices des tabellions ; « *Pour être à l'avenir les pourvus, nommés notaires gardes* « *notes et tabellions héréditaires*, avec pouvoir de grossoyer et « faire chacun en soi les expéditions de tous les actes par eux « faits et passés. »

Comme tous ses prédécesseurs, qui dans leurs domaines avaient fait de timides essais pour dégager l'institution naissante des liens du clergé ou de la féodalité et en faire une institution vraiment populaire, il réservait les droits des seigneurs.

Le roi n'était point tout puissant et les seigneurs ne suivirent pas son exemple. Dans les domaines royaux l'édit laissait subsister les tabellionages établis dans le Comté d'Artois, et les autres dispositions restèrent longtemps stériles parce que l'argent faisait défaut pour racheter les offices.

C'est dans ces circonstances que Louis XV, voulant ramener à exécution l'ordonnance d'Henri IV, prit en février 1761 l'édit suivant :

Art. 1er. — Voulons que tous les tabellionages qui subsistent

Digitized by Google

dans l'étendue de nos justices et domaines, soit que nous en soyons en possession ou qu'ils soient engagés, soient et demeurent supprimés, à compter du jour de la publication du présent édit en nos cours de Parlement et que leurs fonctions soient et demeurent réunies à perpétuité à celles des notaires royaux chacun dans son arrondissement.

Art. 2. — Les minutes des actes passés par lesdits notaires ou par ceux auxquels ils auraient succédé, et qui se trouveront ès-mains desdits tabellions, seront remises aux greffes des bailliages, sénéchaussées ou autres juridictions royales dans le ressort desquels ils ont été établis; et seront les greffiers tenus de s'en charger au pied d'un état sommaire qui en sera dressé par le principal officier de chacun des dits sièges en présence de nos procureurs. Voulons que lesdites minutes soient délivrées à chacun desdits notaires ou aux successeurs auxdits offices, lesquels seront tenus de se charger desdites minutes chacun en droit soi et d'en donner décharge auxdits greffiers au pied d'un état sommaire qui en sera dressé en la forme ci-dessus mentionnée : et à l'égard des minutes qui auraient été reçues par des notaires qui ne seraient pas connus, voulons qu'elles demeurent déposées ès dits greffes pour être délivrées telles grosses et expéditions qu'il appartiendra par les greffiers desdits sièges; le tout jusqu'à ce qu'elles aient été réclamées par les notaires ou leurs successeurs à leurs offices.

Art. 3 — 4 — 5. — Ces articles sont relatifs au paiement de l'indemnité.

Art. 6. — N'entendons néanmoins comprendre dans le présent édit les tabellions créés dans l'étendue des terres de l'apanage de notre très cher et très aimé cousin d'Orléans.

Art. 7. — N'entendons pareillement comprendre dans la présente suppression nos tabellions créés dans l'étendue du ressort de notre Parlement de Flandre et de notre pays d'Artois, ni déroger aux droits que peuvent avoir les seigneurs d'établir des tabellions dans l'étendue de leurs seigneuries, voulons qu'il en soit usé à cet égard comme par le passé.

Nous avons vu que jusqu'à cette époque le tabellion était propriétaire des minutes qu'il conservait à l'expiration de son bail et qu'il pouvait vendre à un tiers pour en tirer profit par la déli-

Digitized by Google

vrance des grosses et à charge de les conserver fidèlement. Or, en 1761 comme en 1597, on consacra le droit suivant ; lorsqu'un office de tabellion disparaissait, les notaires devenaient de plein droit propriétaires des minutes qu'ils avaient rédigées et déposées au greffe du gros, et l'art. 2 de l'édit royal indique comment on faisait aux dits notaires la remise de ces documents. La disposition finale de cet article démontre que le prince ne pouvait prétendre en rien à la propriété des minutes, puisque si l'on ne connaissait point le notaire qui avait rédigé tels des documents à remettre, ils demeuraient au greffe à titre de dépôt provisoire et jusqu'à la réclamation du notaire rédacteur ou de ses successeurs à l'office. Ainsi l'art. 2 consacre bien ce principe, à savoir : que les rédacteurs des minutes peuvent seuls en avoir la propriété et que le prince n'entend dans aucun cas retenir les papiers de cette nature.

En droit ancien, il ne peut donc s'élever aucune contestation sérieuse : tous les édits, toutes les ordonnances de nos rois considéraient les tabellions comme propriétaires des minutes lorsqu'ils les rédigeaient eux-mêmes ou par leurs gardes-notes jusqu'au jour où l'on fondait l'institution du notariat. Ils devenaient alors de simples détenteurs et les propriétaires furent ces mêmes clercs gardes-notes auxquels on donna un caractère officiel et que l'on désigna sous le nom de notaires.

Les intéressés qui combattent cette thèse s'appuient sur les lois de la Révolution et prétendent que les textes révolutionnaires ont fait tous les documents de cette nature papiers d'État. Il convient donc d'examiner la question à ce point de vue ; car l'édit de Louis XV ayant respecté les droits des seigneurs, le tabellionage a fonctionné jusqu'à la Révolution dans plusieurs provinces. En Artois, par une faveur spéciale, un sieur Pierre Gœusse exerça jusqu'à sa mort, survenue le 2 fructidor an XII. Si l'on avait supprimé un de ces greffes avant la Révolution, l'édit de Louis XV recevait son application et les minutes étaient distribuées aux notaires. Or nous allons voir que les lois révolutionnaires n'ont pu modifier cet état de choses et qu'elles l'ont sanctionné de même que la loi de ventôse an XI.

Les seuls textes que l'on puisse invoquer sont ceux des lois

Digitized by Google

du 5 novembre 1790, 27 mars 1791 (décret), 27 septembre-6 octobre 1791, 7 messidor, 12 brumaire an II, 8 pluviôse et 11 messidor an II, loi de l'an V.

La loi du 5 novembre 1790 aurait fait ces documents papiers d'État; le décret du 27 mars 1791 pour lui en assurer la possession aurait créé dans chacun des greffes des tribunaux des dépôts spéciaux; enfin la loi de l'an V aurait acquis au domaine national tous les papiers supprimés.

Or la loi du 5 novembre 1790 ne contient aucune disposition relative aux minutes des notaires confiées aux tabellions. Dans son titre Ier elle énumère les biens nationaux et cette énumération ne comprend ni les archives des baillages ni celles des tabellionages. Le titre III qui se rapporte au mobilier, titres et papiers, doit s'entendre comme suit dans les dispositions de son art. 9: on avait déclaré biens nationaux, les biens des domaines de la couronne, les apanages, les séminaires diocésains, etc.; comme on voulait affecter à d'autres usages les immeubles dont l'État devenait propriétaire, on décidait que le mobilier dont ils étaient pourvus serait vendu aux enchères et que les papiers terriers, chartres et tous autres titres quelconques seraient déposés aux archives du district de la situation desdits bénéfices ou établissements.

La loi de 1791 relative au nouvel ordre judiciaire, dans son article 40, ordonne en effet le dépôt aux greffes des tribunaux des minutes des justices seigneuriales municipales, de mairie, des sièges royaux, des cours, présidiaux, bailliages, sénéchaussées et vigueries; mais il ne contient aucune disposition en ce qui concerne les minutes des notaires ou des tabellions.

Les lois du 7 messidor et du 12 brumaire an II organisent des commissions pour le triage dans les dépôts ou dans les collections et cabinets de ceux dont les biens ont été confisqués, de titres domaniaux judiciaires et administratifs. Le but du législateur est de recueillir les titres de la propriété nationale et les documents qui se rapportent à l'administration et à la constitution de l'Etat; mais il est muet en ce qui concerne les minutes des tabellions.

Les lois des 8 pluviôse et 11 messidor an II indiquent au con-

Digitized by Google

traire que les anciennes minutes demeureront à leurs détenteurs; puisqu'elles prescrivent aux notaires de s'abstenir d'insérer dans les expéditions, des énonciations ou des expressions tendant à rappeler soit le régime féodal ou nobiliaire, soit la royauté.

Enfin la loi du 5 brumaire an V, qui ordonne la réunion dans les chefs-lieux de département de tous les titres et papiers acquis à la République, n'est que l'application des dispositions précédentes. Elle ne contient aucune prescription nouvelle et se borne à modifier le mode de triage onéreux qu'avait organisé la loi de l'an II.

La seule loi de la Révolution qui se soit occupée des minutes des tabellions et des notaires, c'est la loi des 29 septembre 6 octobre 1791 abrogée par la loi de ventôse pour les dispositions qui lui sont contraires.

Or la loi de 1791, qui supprimait les offices royaux de notaires, les tabellionages, etc... prescrivait dans l'art. 1 du titre 3 la remise des minutes qui dépendaient des offices supprimés en la garde des notaires publics établis dans la résidence la plus prochaine du lieu de leur dépôt actuel. Elle consacrait donc encore, comme l'ancien édit d'Henri IV, un droit de propriété sur les minutes au profit des notaires qui les avaient reçues, et c'est à tort que l'on prétendrait que la Révolution a déclaré papiers de l'État les archives de cette nature.

L'art. 5 laisse à l'ancien titulaire le droit de choisir celui des notaires du chef-lieu auquel il remettra les minutes; il lui donne également la faculté de passer avec son cessionnaire telle convention que bon lui semblera au sujet des recouvrements.

L'art. 9 confirme au surplus les dispositions précédentes. Il est ainsi conçu : « Les minutes d'actes des notaires qui se trou-« veront contenues dans les bureaux du tabellionage ou autres « dépôts publics établis en certains lieux y seront provisoirement « conservées. »

Fidèle au principe consacré par la loi de 1790, le législateur ordonnait l'apport dans les greffes des tribunaux, des minutes qui pouvaient encore exister dans les greffes des ci-devant justices seigneuriales; mais il laissait aux titulaires des offices la propriété de leurs archives.

Digitized by Google

L'art. 10 de la même loi paraît plus formel. A l'égard des minutes existant, dit-il, dans les archives des ci-devant seigneurs ou entre les mains de toutes autres personnes privées, elles seront remises avec les répertoires, s'il s'en trouve, au plus ancien notaire public de la résidence voisine.

La Révolution a donc respecté la doctrine de l'ancien droit sur la propriété des minutes, et la loi de ventôse an XI dans son art. 60 l'a définitivement consacrée. Elle s'est inspirée des paroles prononcées par M. le conseiller d'Etat Réal dans l'exposé des motifs. Les minutes confiées à la garde des notaires, disait-il, sont le fruit de leurs travaux ou de ceux faits par leurs prédécesseurs.

La discussion qui précède fait tomber je crois d'une manière complète la thèse de ceux qui revendiquent les minutes du Gros en soutenant que sous l'ancien régime tout appartenait aux princes ou aux seigneurs et que la Révolution ayant confisqué tous papiers et documents qu'ils détenaient, c'est l'Etat qui est devenu propriétaire. Le prince conférait un titre, nommait aux emplois. Comme aujourd'hui le gouvernement de la République, il nommait des notaires; mais on vient de le voir, il les reconnaissait comme seuls propriétaires des minutes et respectait, de même que notre législation actuelle, leur droit de propriété sur ces documents.

Les tabellions furent les dépositaires des minutes dressées par les notaires et lorsqu'un tabellionage disparaissait, c'était le notaire qui devait recouvrer les documents qui avaient été mis en dépôt chez le tabellion par ses prédécesseurs ou par lui-même. D'ailleurs l'institution du notariat ayant remplacé légalement celle du tabellionage, les lois anciennes ayant prescrit aux tabellions la remise des minutes aux notaires, il y a lieu de se conformer à la même règle lorsqu'aujourd'hui on se trouve en présence d'actes du Gros qui n'ont point reçu une destination légale.

E. TAINTURIER.

Digitized by Google

LA PRÉTENDUE SCIENCE DU DROIT ROMAIN AU MOYEN AGE AVANT IRNÉRIUS, ET LE NOUVEL OUVRAGE DE M. FLACH [1],

par M. Gavet, professeur agrégé à la Faculté de droit de Nancy.

A-t-il existé au moyen âge avant Irnérius une véritable science du droit romain? On sait combien en cette question la science allemande et, par suite, la science italienne contemporaines tendent à s'écarter des conclusions de Savigny.

Pour lui du VIe au XIIe siècle, dans les écoles des arts libéraux, la « grammaire » amenait à l'explication d'un certain nombre de termes latins, juridiques et autres; avec la « rhétorique » on étudiait, entre autres sortes de styles, le « *genus judiciale* »; à Rome, puis à Ravenne, avaient peut-être subsisté ou paru des écoles de droit; mais, en tout cas, dans les unes et dans les autres, il nes'agissait que d'un enseignement très rudimentaire, puisant du reste aux sources les plus impures, à d'anciens recueils d'extraits mainte fois compilés, scindés, recopiés sans critique comme sans méthode et sans art. Ce que les juristes possédaient de droit romain se réduisait à l'ensemble des connaissances forcément incorrectes qui se transmettaient par la pratique dans les collèges de juges et les corporations de notaires. Irnérius a vraiment ressuscité notre science.

D'après la nouvelle école historique allemande [2], de la fin de la période classique à la fondation de Bologne, une chaîne ininterrompue d'écrits dont quelques-uns égaux, certains même supérieurs aux travaux bolonais, une série non moins continue d'écoles aux saines et fortes traditions, en Italie et en France, relient les temps anciens au XIIe siècle et par suite aux temps modernes. L'œuvre d'Irnérius à proprement parler n'a pu être une renaissance, car la science n'était pas morte; elle est l'aban-

[1] *Etudes critiques sur l'histoire du droit romain au moyen âge, avec textes inédits*, par J. Flach., 1890, 1 vol. in-8°.

[2] Dont les conclusions étaient récemment encore résumées et groupées par Fitting dans ses intéressants « Commencements de l'Ecole de droit de Bologne » *Die Anfänge der Rechtschule zu Bologna*, 1888, trad. en fr. par P. Leseur, Paris, 1888. Un excellent résumé par M. Rivier avait déjà paru dans la *Nouv. rev. hist. de droit*, 1877, p. 1.

Digitized by Google

don des méthodes autres que l'étude directe et exclusive des sources. Ravenne disparaissant dans l'immense succès de Bologne, c'est le droit romain pratique et combiné avec l'équité délaissé pour le droit romain pur.

Dans ce débat l'Ecole française, d'une façon générale[1], en est restée aux conclusions de Savigny. Le complexe édifice sur lequel s'élevait la doctrine nouvelle a paru chez nous, suivant une expression vulgaire, bâti sur des pointes d'aiguilles[2], et les curieuses et brusques transformations qu'il a plusieurs fois subies de la main de ses constructeurs eux-mêmes n'étaient pas pour mettre fin à ce scepticisme.

Ce sont ces réserves de l'Ecole française que vient expliquer et légitimer le nouvel ouvrage de M. Flach.

Il ne nie pas, notons-le bien, la réalité d'une certaine renaissance juridique italienne préirnérienne, à la fin du Xe siècle et surtout au XIe. D'après lui, le retour de l'ordre après l'avénement des Othons, le rétablissement d'un véritable corps judiciaire ont parfaitement pu permettre la formation, aux sièges des tribunaux impériaux, au sein des collèges de *judices* de Pavie et de Ravenne, d'une meilleure jurisprudence lombarde à Pavie, romaine à Ravenne ; (ainsi s'expliquerait ce fait signalé par Fitting avec insistance que Ravenne fournissait des juges à la Toscane). Au XIe siècle la reprise par Othon III et ses successeurs du grand rêve de l'empire et l'accroissement de l'influence de l'église, puis la lutte entre l'empereur et le saint-siège, ont pu de même ramener les esprits vers les souvenirs romains et préparer ainsi la vogue future de l'école bolonaise. C'est même à sa haine contre l'empire et contre Ravenne entrée dans le parti de l'em-

[1] *Contra* cependant (quoique avec des réserves) ; Caillemer, *Le droit civil dans les provinces anglo-normandes au XIIe siècle*, 1883 (*Extr. des Mém. de l'Acad. des sc., arts et b.-l.* de Caen).

[2] Pourquoi faut-il que d'étranges *lapsus* entachent aussi, en Allemagne, des œuvres de bon sens comme celle de Max Conrat. V. dans l'*Epitome exactis* CCXLII-CCXLIV, la fâcheuse traduction où « maitre charpentier » devient « professeur à Carpentras » et les savantes déductions tirées ensuite de ce que Carpentras est près de Valence (la prétendue ville originaire du Petrus) et de Montpellier où devait plus tard enseigner Azon. Flach, p. 193, note 2.

Digitized by Google

pire que la comtesse Mathilde aurait puisé l'inspiration de pousser Irnérius à l'étude plus approfondie des lois romaines. Il n'en reste pas moins vrai, d'après M. Flach, qu'avant le XIe siècle où ces causes diverses ont amené un certain relèvement des connaissances juridiques (il se traduit dans les chartes par une langue meilleure à partir du second tiers du XIe siècle), les conclusions de Savigny sur le caractère rudimentaire de la science et de l'enseignement du droit romain restent absolument exactes.

La question ainsi posée, les arguments de Fitting et de son école peuvent se classer en deux grands groupes.

Les uns sont des citations empruntées aux écrivains et aux chartes du moyen âge et destinées à nous donner des noms de personnages connus pour leur science juridique, à nous montrer l'étude du droit considérée, à de certains moments tout au moins, comme l'un des éléments indispensables de toute éducation soignée, ou à nous attester en un certain nombre de villes et localités, (en Italie, Rome, pendant tout le moyen âge, puis au XIe siècle, Ravenne, Pavie et d'autres; en France, Lyon, où le Bréviaire est l'objet d'un enseignement approfondi, au moins du commencement du VIIe au commencement du IXe siècle, Toul, avec son école cathédrale; le monastère du Bec en Normandie, etc.) l'existence de *magistri* et de *doctores legum*, ainsi que d'un enseignement juridique élevé. Pour ce premier groupe, M. Flach a été bref, et il n'avait pas en effet besoin de se mettre en grands frais de réfutation. Plusieurs des citations qu'on lui oppose sont d'un choix malheureux. Telle parle de la difficulté que l'on éprouve à étudier le droit romain; ce qui semble indiquer la nécessité des recherches personnelles. Telle autre montre un jeune homme mis à l'étude des lois romaines *pour que son style y gagne la sobriété latine*. Il ne s'agit donc que de rhétorique. Celles qui ne sont pas aussi malencontreuses sont ou peu concluantes ou insignifiantes. Cette science réelle ou fausse des personnages que l'on nous cite, d'où la tiennent-ils? Des écoles ou de leur travail individuel? Et alors que prouve-t-elle en l'espèce? Cette faveur de certaines époques, de celle de Charlemagne, par exemple, pour l'étude des lois, indique-t-elle l'existence d'une vraie science, ou simplement, au sortir d'une période d'anarchie, un

Digitized by Google

certain besoin d'ordre social, l'intelligence de la nécessité d'une législation meilleure? En Italie, le souvenir de la gloire passée ne suffit-il pas à maintenir haut le titre de jurisconsulte? En admettant que telle ou telle ville attirât les travailleurs zélés pour l'étude du droit, Savigny nous a-t-il dit que ces collèges de juges et de notaires au sein desquels se transmettaient de vieilles traditions juridiques eussent forcément les uns et les autres la même renommée d'habileté pratique? Lorsque l'on voit, suivant la remarque de M. Flach, p. 109, le titre de *magister legum* porté par des hommes qui, dans un procès où il faut appliquer la loi romaine, sont obligés, ne connaissant que la loi pratique, de s'adjoindre des *judices* plus compétents, quelle valeur peut-on lui reconnaître ainsi qu'aux titres similaires, sur le compte desquels Savigny, du reste, s'était déjà expliqué?

A ce compte, on voit retomber dans le domaine de l'hypothèse aussi bien les écoles de droit de Rome et de Ravenne que celles de Fleury-sur-Loire ou d'Orléans.

Le deuxième groupe d'arguments de M. Fitting exigeait de plus amples développements. Ils sont empruntés à l'étude des écrits attribuables au moyen âge. Les conclusions auxquelles ils tendent se résument ainsi : 1° des recueils de textes et écrits scolaires de la période romaine n'ont pas cessé d'être connus, lus, étudiés, utilisés dans la période qui va du VIIe au XIIe siècle; 2° pendant la même période, on voit d'une façon continue apparaître des travaux originaux dont certains ont, du reste, une tournure professorale qui ne peut tromper sur leur origine et leur but.

Comme exemples de transmission, on nous cite surtout : la glose des Institutes, dite glose de Turin; les scolies sur l'Epitome de Julien; l'un des fragments qui composent, dit-on, la compilation publiée par F. sous le nom de *Compendium juris*. Ces trois écrits seraient de l'époque de Justinien et cependant ils n'ont point cessé d'être connus au moyen âge, puisque le premier nous est parvenu augmenté de gloses des Xe, XIe et XIIe siècles, de treize ou quatorze mains différentes; le second se trouve recopié dans des manuscrits des VIIIe, IXe et Xe siècles et entre dans la composition d'ouvrages du XIe; le dernier, enfin, a été

Digitized by Google

utilisé au XIIe siècle par le *Brachylogus*. C'est ainsi encore que des éléments anciens, remontant même jusqu'au delà de la période romaine classique, se rencontrent dans des glossaires dont la composition est certainement du moyen âge.

M. Flach, pages 20-60, reprend un à un ces divers exemples et d'autres encore; il rappelle que dans les couvents, souvent, à titre de travail ennuyeux et méritoire, on copiait et collationnait pour copier et collationner. Le fait qu'un écrit a été quelquefois machinalement reproduit ou qu'un manuscrit porte des variantes est donc sans portée. Les gloses de certains manuscrits nous prouvent qu'on lisait et étudiait les œuvres de l'antiquité, et qu'en lisant on se permettait de les annoter; la preuve n'était plus à faire, mais ce qu'elles établissent surtout (M. Flach donne à ce point de vue des citations topiques), c'est le caractère purement grammatical de la plupart d'entre elles et la profonde ignorance en droit de leurs auteurs [1]. Quant aux éléments anciens des glossaires, ont-ils été puisés aux sources antiques elles-mêmes, (qui alors, en effet, ne seraient pas à considérer comme perdues), ou bien à ces recueils qui, formés à l'origine d'extraits rédigés pendant la période romaine, n'ont cessé de circuler, recopiés les uns sur les autres, amalgamés, augmentés, scindés, transformés, de plus en plus désordonnés et incorrects?

Les prétendus travaux originaux des écoles préirnériennes n'ont pas avec M. Flach une meilleure fortune. Ils comprennent d'après Fitt.: 1° des gloses et aussi 2° de vrais ouvrages.—1° des gloses et des sommes sur toutes les parties de la compilation Justinienne, sur l'Epitomé de Julien, sur le Bréviaire d'Alaric, même sur des ouvrages nouveaux, recueils de droit canon ou de droit romain à l'usage du clergé, lois lombardes, Pétrus, Brachylogue. 2° Des ouvrages proprement dits, glossaires et livres de doctrine; ainsi au XIe siècle pour lequel la liste est le plus considérable, les *Questiones ac monita;* l'un des recueils (livre de Tubingue) qui ont peut-être formé le Petrus; un prétendu glossaire qui aurait

[1] Pour les additions en particulier à la glose de Turin, il faut ajouter que toutes, sauf 8, sont des XIe et XIIe siècles, et qu'on ne peut plus dès lors, en aucun cas, faire fond sur elle contre quiconque admet l'espèce de renaissance pratique préirnérienne du XIe siècle.

Digitized by Google

ensuite servi au XIIe siècle à la confection de l'*Expositio terminorum* (peut-être du XIe), du *Libellus de verbis legalibus* et de l'*Epitome exactis;* des commentaires même : ainsi un commentaire des Institutes dont nous aurions un fragment dans l'un des appendices du Pétrus complet; des traités : le traité *de actionibus;* le traité *de actionum varietate et vita;* un recueil de règles tirées des Institutes dont un fragment aurait été pris pour la composition du traité *de actionibus*, peut-être le *de natura actionum;* le Brachylogue enfin, cet écrit si remarquable, du XIIe siècle d'après certaines autorités, mais en tout cas visiblement étranger encore à la science bolonaise.

Le cercle d'arguments et d'œuvres que M. Flach avait à parcourir était donc considérable; il n'en a point omis d'importants; tous défilent un à un dans les pages 61 à 104. D'après lui, les seules gloses du Digeste que donnent les plus vieux manuscrits viennent des bolonais. Pour celles des Institutes et des autres ouvrages glosés, nous connaissons déjà sa réponse; ce sont des gloses de grammairiens, insignifiantes pour le Droit, quelquefois plus qu'enfantines. Les meilleures ne dépassent pas la portée de ce que l'on peut attendre soit d'uu praticien stylé par les traditions de ses devanciers, soit d'un lecteur quelque peu frotté de littérature latine, sans instruction juridique préalable.

Quant aux ouvrages proprement dits, remarques analogues. La plupart d'entre eux, les glossaires en particulier, sont des compilations informes composées d'emprunts à ces recueils d'extraits dont nous avons déjà parlé et que faisait circuler l'étude de la grammaire et de la rhétorique; c'est seulement au XIIe siècle que brusquement leur valeur se relève. D'autres ont en outre le défaut de n'avoir jamais existé peut-être que dans l'imagination des audacieux historiens de la nouvelle école, ainsi les prétendus ouvrages dont des fragments auraient formé le *Compendium juris*, ou le *de actionibus*. Pour d'autres, c'est leur date qui est incertaine; ils peuvent être aussi bien du Ve siècle que du XIIe. Rien n'égale la futilité des arguments à l'aide desquels on assigne à certains d'entre eux une date préirnérienne [1].

[1] Ainsi en est-il pour ce traité *de natura actionum* que l'on place avant le XIIe siècle parce qu'un renseignement étranger nous apprend que G. a le

Digitized by Google

L'argumentation de M. Flach n'a rien qui puisse nous plaire en France d'une façon spéciale, car elle s'attaque un peu à tout sur sa route, même à la foi si répandue en l'origine française du *Libellus de verbis legalibus*, du Petrus, du Brachylogue lui-même, ce joyau de la littérature juridique préirnérienne; mais il faut bien reconnaître que pour tous trois, s'il ne fait pas la preuve contraire, il rend du moins toute affirmation impossible.

Particulièrement intéressante est dans cet ordre d'idées la longue étude qui a trait au Petrus. Contentons-nous ici, (car une analyse, si courte en fût-elle, ferait dépasser à ce compte-rendu, les limites qui lui sont fixées) de signaler les pages où M. Flach établit le caractère apocryphe du titre [1] du manuscrit Ashburnham sur lequel on a édifié tant de raisonnements [2] et la prépondérance qu'il faut donner au manuscrit 1730 f. latin de la B. nat. de Paris sur tous les autres manuscrits connus et en particulier sur celui de Prague. M. Flach émet à ce sujet des observations bien ingénieuses et qui semblent bien justes. Les conséquences en la question de l'origine du Petrus en sont graves.

Discussion critique mise à part, le livre de M. Flach offre cet intérêt encore qu'il contient une assez riche collection de gloses, extraits de glossaires, fragments divers inédits [3]; il vient ainsi augmenter la bibliothèque bien incomplète encore des écrits imprimés du Moyen Age.

Somme toute, excellent ouvrage, auquel nous reprocherions volontiers, avec des errata gênants [4], un plan assez difficile à sai-

premier écrit *de natura actionum* et qu'un autre renseignement nous apprend l'existence, à une époque indéterminée du reste, d'un certain Geminianus. Encore est-on forcé pour arriver à ce beau résultat de chercher à prouver que G. n'est plus le sigle d'Irnérius-Garnerius.

[1] « *Sequitur de jure civili Burgond.* »

[2] M. Conrat, *das Ashburnhamer Rechtsbuch Quelle des Petrus*. Fitti aussi.

[3] Sans compter des appendices tels que les tableaux synoptiques des sources du Petrus qui faciliteront singulièrement de nouvelles études.

[4] Par exemple, p. 115, note 1, au lieu de : *infra*, p. 82, note 1, lire : p. 124, note, *in fine*. A la p. 78, *in fine*, se trouve de même l'annonce : (*infra*, p. 72?) d'une étude ultérieure que nous n'avons trouvée nulle part dans le volume.

Digitized by Google

sir, l'air d'un ensemble d'études isolées insuffisamment refondues en une; mais d'une façon générale, livre bien français, à la fois érudit et de bon sens, clair et probant, qui inquiétera peut-être quelques imaginations de l'autre côté des Alpes et des Vosges, mais rassurera chez nous bien des esprits. GAVET.

BIBLIOGRAPHIE.

DU RAPPORT DES DETTES (THÉORIE DU PRÉLÈVEMENT DANS LE PARTAGE DES SUCCESSIONS, DES SOCIÉTÉS ET DE LA COMMUNAUTÉ ENTRE ÉPOUX).

Par M. A. Deschamps.

Ouvrage couronné par la Faculté de Droit de Paris. Concours de doctorat 1887 (Médaille d'or), et par l'Académie de législation de Toulouse.

Compte-rendu par M. F. Larnaude, agrégé à la Faculté de Paris.

Le titre même que M. Deschamps a donné à son travail indique tout de suite le parti qu'il prend sur la nature juridique du rapport des dettes envisagé dans une de ses applications les plus importantes, dans la matière des successions. Pour lui le rapport des dettes n'a de commun que le nom avec le rapport des dons, il n'est qu'une règle de liquidation destinée à assurer non pas l'égalité dans la vocation héréditaire, mais à procurer la satisfaction du droit de créance des cohéritiers en les autorisant à *prendre en paiement* des biens de la succession au lieu de poursuivre la saisie des biens de leurs cohéritiers. On voit tout de suite la portée de cette conception juridique : le rapport des dettes n'a rien de spécial aux partages des successions, il existe dans les partages de toutes les universalités. M. Deschamps l'étend même au partage d'une chose particulière, en faisant finement observer qu'entre copartageants ce qui paraît à première vue une dérogation exorbitante au droit commun du payement, le fait de se payer en nature, n'est pas autre chose qu'un droit commun particulier établi par la loi dans un but de simplification. Il y a là une observation bien juste et dont on pourrait faire son profi-dans bien d'autres matières. L'antithèse de la règle et de l'exception a été exagérée d'une façon singulière par la plupart des interprètes du Code civil, et nous sommes restés encore, au point

Digitized by Google

de vue de l'interprétation, des scolastiques bien étroits. La logique des mots, la logique formelle nous abuse bien souvent aux dépens de la logique des choses et des institutions.

Pour revenir à notre auteur, le parti qu'il prend sur la nature juridique du rapport des dettes dans la succession l'amène, dans la plupart des questions, à des solutions toutes différentes de celles auxquelles on aboutit avec l'idée inverse, celle qui n'en fait que l'extension du rapport des dons. Un des points sur lesquels le contraste est le plus éclatant, et où M. Deschamps risque d'avoir le plus de contradicteurs, est celui qui concerne la situation des créanciers de l'héritier débiteur par rapport aux cohéritiers. La doctrine de M. Deschamps l'amène à ne pas établir de préférence au profit des cohéritiers, tandis que la doctrine de l'assimilation au rapport des dons écarte sur les biens de la succession les créanciers au profit des cohéritiers. M. Deschamps soutient son opinion avec une grande force de raisonnement. Il sait tirer parti des observations qui peuvent, à première vue, paraître insignifiantes, et les faire servir au succès de sa thèse. Cette partie de son mémoire est un excellent modèle de discussion juridique. Ce qui est très neuf aussi dans son travail, c'est l'étude qu'il consacre aux précédents coutumiers du rapport des dettes. M. Deschamps, par l'examen minutieux des anciens auteurs et des arrêts des parlements, arrive à des constatations tout-à-fait différentes de celles qu'on acceptait jusqu'à présent sans difficulté. Il prouve notamment que l'opinion de Lebrun sur l'extension du rapport dès dettes *en directe* à toutes les autres successions est restée une opinion isolée, ce qui ruine par la base la doctrine opposée à la sienne sur l'interprétation de l'art. 829 du C. civ. par les précédents. A ce propos il se demande ce que peut signifier ce passage de Lebrun : « cela a été au palais l'occasion d'une fameuse dissertation. » Me permettra-t-il de lui indiquer à quoi, à mon sens, Lebrun fait allusion? Ce n'est pas à un arrêt, qui, comme M. Deschamps l'observe bien aussi, ne se rencontre nulle part, c'est probablement à une de ces conférences de doctrine ou d'étude dans lesquelles se discutaient des « *questions de droit et de coutume* » et dont l'usage s'est perpétué jusqu'à nos jours.

Digitized by Google

Cette théorie du *rapport des dettes* avait fait l'objet déjà de plusieurs dissertations. Il faut citer au 1er rang un article de M. Labbé dans la *Revue pratique* (1859, t. VII, p. 475), une thèse de doctorat de M. E. Meynial, en 1886, et une dissertation, moins connue en France, de M. Kohler : « *Ueber den Rapport des dettes.* » Le travail de M. Deschamps vient prendre une place brillante à côté de ceux de ses devanciers. — Il nous sera permis à ce propos de nous féliciter en terminant des résultats excellents que donne l'institution devant les facultés de droit de ces concours d'où sont sorties dans ces dernières années tant d'œuvres de mérite : les livres de MM. Bressolles et Colin sur les *Dons manuels*, l'ouvrage de M. Bartin, sur la théorie des *Conditions impossibles* ou *illicites*, l'ouvrage enfin dont nous rendons compte aujourd'hui, pour ne parler que de la faculté de droit de Paris. Il reste, quoi qu'on puisse en penser, beaucoup à faire pour l'interprétation du Code civil ; beaucoup des théories principales qu'il renferme sont à remanier. L'enseignement du droit civil dans les Facultés donne, ces livres en sont la preuve, d'excellents résultats. Il en donnerait de meilleurs encore peut-être, s'il était permis aux professeurs de ne pas se borner au rôle de préparateurs des examens par l'obligation où ils sont de traiter complètement chaque année toutes les parties du programme. Il y a là une méthode mauvaise pour le progrès des sciences juridiques. Que des cours soient consacrés à ce but, rien de mieux. Mais qu'on en institue d'autres où le professeur puisse se livrer à des recherches spéciales, à des travaux particuliers sur tel ou tel point du vaste domaine du droit civil. Et l'on verra tout de suite par l'augmentation du nombre des travaux analogues à ceux de M. Deschamps, par le changement de caractère des thèses de doctorat, que la réforme n'aura été ni sans utilité, ni sans profit.

F. LARNAUDE.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris.— Imp. F. Pichon, 282, rue Saint-Jacques, et 24, rue Soufflot.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE

(Année judiciaire 1888-1889)

Par M. Brémond, professeur à la faculté de droit de Montpellier.

I. *Elections.* — 1. Droits électoraux des indigènes des établissements français de l'Inde. — 2. Incapacité électorale résultant du délit d'outrage aux bonnes mœurs. — 3. Peut-on exercer dans des communes différentes l'électorat politique et l'électorat municipal? — 4. Demande de changement de domicile électoral. — 5. Attributions des commissions de révision et des juges de paix relativement à l'inscription des noms des électeurs. — 6. Du mandat impératif dans les élections municipales.

II. *Législation municipale.* — 1. Admissibilité et effets du recours pour excès de pouvoir en matière de modifications territoriales. — 2. Droits du préfet relativement à la modification et à l'inscription de crédits et au mandatement d'office. — 3. Compétence en matière de frais de casernement. — 4. Compétence en matière de comptabilité occulte. — 5. Action de la commune exercée par un contribuable au nom de la commune ou par un habitant en son propre nom.

III. *Travaux publics.* — 1. Compétence pour la résiliation d'un marché de travaux publics après la cessation de paiements — 2. Compétence pour dommages résultant de la faute d'un agent, — provenant de la fumée des locomotives. — 3. L'acquéreur peut-il réclamer une indemnité pour un dommage antérieur à son acquisition ? — 4. Compétence en matière d'occupation temporaire. — 5. L'Etat est-il responsable du fait des entrepreneurs?

I. — ÉLECTIONS.

1. La législation électorale des établissements français de l'Inde a donné naissance dans ces dernières années à de nombreuses et importantes difficultés. Pour en comprendre l'origine, il faut remonter au décret du gouvernement provisoire du 5 mars 1848, établissant le suffrage universel et à la circulaire générale du 27 avril 1848, qui décidait que, dans les établissements français de l'Inde, on devrait considérer comme naturalisés tous les habitants qui justifieraient d'une résidence de plus de 5 ans. A la suite de ces textes, le droit électoral politique fut en pratique reconnu à tous les Indiens, aussi bien à ceux qui étaient restés fidèles aux us et coutumes de leur caste qu'à ceux qui y avaient

Digitized by Google

renoncé ; et pour les électionsà l'Assemblée législative, qui eurent lieu en vertu de la loi du 15 mars 1849, tous les Indiens sans distinction furent inscrits sur les listes électorales. La constitution de 1852 ayant supprimé la représentation des colonies au Corps législatif, la qualité d'électeur politique devint sans objet ; mais en 1870, les colonies ont été remises en possession du droit qu'elles avaient perdu et la question est revenue à l'ordre du jour. On reprit d'abord la tradition de 1849, qui consistait à admettre l'égalité politique de tous les Indiens, et les listes électorales furent formées d'après ce principe. Mais le gouvernement, désirant voir s'augmenter le nombre des Indiens renonçant à leur statut personnel, publia le décret du 21 septembre 1881 pour faciliter les renonciations. L'art. 1er de ce décret se terminait par ces mots : « Les renonçants sont régis, ainsi que leurs femmes et leurs enfants mineurs, par les lois civiles et politiques applicables aux Français dans la colonie. »

On prétendit que ce décret, en n'accordant la jouissance des droits civils et politiques qu'aux renonçants, enlevait *a contrario* cette jouissance aux non renonçants et que, désormais, ceux-ci ne pouvaient plus être inscrits sur les listes électorales. On alla même plus loin et l'on soutint qu'ils n'auraient jamais dû être inscrits, car les textes qu'on invoquait en leur faveur n'étaient rien moins que probants. Le seul titre des Indiens non renonçants était en effet la décision du gouvernement provisoire du 27 avril 1848, dont la valeur légale est incontestable, puisque le pouvoir législatif dans les colonies appartient au chef de l'État, mais dont le sens est moins certain. Ce texte se borne à formuler une présomption de nationalité dont peuvent, il est vrai, profiter les Indiens non renonçants ; mais pour être électeur, la nationalité ne suffit pas, il faut encore avoir la jouissance des droits civils et politiques, tous les textes de la matière s'accordent à le dire, et cette condition faisait défaut aux non renonçants qui n'en étaient dispensés par aucune disposition de loi ou de règlement.

Ces prétentions soulevèrent un grand émoi dans la colonie ; elles tendaient à faire rayer plus de 30,000 électeurs inscrits ; elles furent cependant maintenues et la question arriva devant la Cour de cassation qui se prononça en faveur des non renon-

Digitized by Google

çants dans un arrêt du 6 mars 1883[1]. Elle déclare que les non renonçants jouissent de leurs droits civils; cette jouissance est régie, sans doute par les usages de leurs castes au lieu de l'être par le Code civil, mais il suffit qu'elle existe pour qu'il soit satisfait aux exigences des lois électorales. Quant au décret de 1881, il ne s'occupe que des renonçants et ne produit aucun effet direct ou indirect vis-à-vis des non renonçants auxquels il est absolument étranger, et qui sont, après ce décret, dans la même situation qu'ils étaient avant.

Cette question résolue, il s'en présenta immédiatement une autre. Les décrets du 25 janvier 1879 et du 12 mars 1880, organisant les élections aux conseils locaux, avaient, pour ces conseils, divisé les électeurs en deux catégories, dont chacune nommait ses représentants : les Européens ou descendants d'Européens et les indigènes. Dans quelle catégorie fallait-il inscrire les Indiens renonçants ? Ils ne sont ni Européens ni descendants d'Européens, mais ne peuvent-ils pas invoquer les termes du décret du 21 septembre 1881 que nous avons rapportés ci-dessus ? Puisqu'ils sont soumis aux mêmes lois politiques que les Français d'origine, ils ont bien le droit de demander qu'on les traite comme ces Français. La Cour de cassation admit cette prétention dans un arrêt du 7 novembre 1883[2].

L'administration intervint alors et le décret du 26 février 1884 ordonna que les listes pour les élections locales comprendraient à l'avenir trois catégories d'électeurs : 1° les Européens, 2° les Indiens renonçants, 3° les Indiens non renonçants. Ce décret fut attaqué comme violant, vis-à-vis de ceux qui avaient fait leur renonciation avant sa promulgation, le principe de la non rétroactivité des lois. La Cour de cassation a répondu avec raison que ce principe ne saurait s'appliquer aux lois d'organisation politique et que les lois qui règlent les droits électoraux ont évidemment ce caractère ; elle a donc affirmé la légalité du décret (arrêt du 28 octobre 1885)[3].

Toutes les difficultés de la matière paraissaient aplanies lors-

[1] Dall. 83. 1. 308.
[2] Dall. 84. 1. 293.
[3] Dall. 85. 1. 460.

Digitized by Google

qu'on a vu surgir une nouvelle controverse. Quelques Indiens sujets français, s'étant établis dans nos colonies de la Cochinchine et du Tonkin, voulurent, dans ces pays, exercer les droits électoraux qu'ils auraient pu exercer dans leur pays d'origine. Fallait-il les écouter? La situation n'est pas la même, suivant que l'Indien a ou n'a pas renoncé à son statut personnel.

Les Indiens non renonçants ne peuvent certainement pas être considérés comme citoyens français; aucun texte ne leur donne d'une manière générale la jouissance des droits politiques; ils ne peuvent donc pas en principe réclamer cette jouissance. Des considérations spéciales ont amené le législateur à leur accorder un droit électoral, mais il ne l'a fait que pour leur pays d'origine et avec des restrictions qui établissent une différence profonde entre leur situation et celle des citoyens français. Que si on se place au point de vue de la législation électorale spéciale à la Cochinchine et au Tonkin, on trouve que l'art. 2 de la loi du 15 mars 1849 et l'art. 5 du décret du 8 février 1880 ne permettent d'inscrire sur les listes électorales que les citoyens français ou les naturalisés. L'Indien non renonçant ne rentre dans aucune de ces deux catégories; et il n'y a aucun motif pour ne pas le traiter comme les indigènes annamites qui sont exclus des listes électorales politiques. C'est le système qu'a consacré la Cour de cassation dans son arrêt du 3 janvier 1888[1].

Pour les Indiens renonçants la question est toute différente et la Cour de cassation leur a donné gain de cause par ce motif que la renonciation qu'ils avaient faite à leur statut personnel, équivalait à une naturalisation (arrêt du 29 juillet 1889)[2]. En effet, le décret du 21 septembre 1881, en indiquant les effets de la renonciation, déclare formellement que « le renonçant sera régi par les lois civiles et politiques applicables aux Français dans la colonie. » C'est bien là l'effet d'une naturalisation. Le décret de 1881, au moment de sa publication, avait d'ailleurs été désigné expressément comme organisant la naturalisation dans nos établissements de l'Inde, et cela avait été si bien l'opinion de l'administration qu'elle avait rejeté des demandes de naturalisa-

[1] Dall. 88. 1. 81.
[2] Dall. 89. 1. 457.

Digitized by Google

tion formées par des renonçants par ce seul motif que la naturalisation était acquise par le fait même de la renonciation. Enfin, il existe un décret du 25 mai 1881 qui porte officiellement la qualification de décret relatif à la naturalisation des indigènes annamites et dont le texte est absolument semblable à celui du décret de septembre; il dit aussi: l'indigène sera régi par les lois civiles et politiques applicables aux Français dans la colonie. Cela prouve bien que les rédacteurs du décret de septembre ont copié le décret de mai; c'est donc qu'ils voulaient faire une œuvre semblable, c'est-à-dire, une loi de naturalisation.

Que peut-on objecter à ces arguments? On a prétendu que le texte même du décret de septembre 1881 restreignait au territoire de la colonie la jouissance des droits qu'il accordait aux renonçants. Si le raisonnement était juste, il s'appliquerait aux droits civils comme aux droits politiques, de sorte que, hors de leur pays d'origine, les Indiens renonçants resteraient soumis à leur ancien statut, ce qui serait tellement incompréhensible que personne ne l'a jamais proposé. Les mots *dans la colonie* qui terminent l'art. 1er du décret de 1881 ne doivent donc pas être interprétés comme exprimant une restriction territoriale aux effets du décret, ils ne constituent qu'une énonciation explicative. Ces mêmes mots se rencontrent dans le décret de mai 1881 et là leur sens énonciatif n'a jamais été contesté.

On dit en deuxième lieu que le décret du 26 février 1884 prouve que l'Indien renonçant ne devient pas citoyen français, puisque pour les élections locales il n'a pas les même droits que les citoyens. Nous répondons que ce décret de 1884 est une disposition locale exceptionnelle et que ni son texte ni les principes ne permettent de l'étendre hors du cas qu'il vise.

Nous concluons donc, avec la Cour de cassation, que la renonciation est une véritable naturalisation et qu'elle donne aux renonçants tous les droits de la cité française, non-seulement dans les établissements de l'Inde, mais encore sur toutes les portions du territoire français, sauf application, le cas échéant, du décret de 1884.

2. La condamnation pour outrage aux bonnes mœurs emporte-t-elle encore aujourd'hui la privation du droit électoral?

Cette incapacité résultait de l'art. 15 § 6 du décret du 2 février

Digitized by Google

1852 qui défend d'inscrire sur les listes électorales « les individus condamnés par application de la loi du 17 mai 1819 pour outrage aux bonnes mœurs. » Or la loi de 1819 a été abrogée par l'art. 68 de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse; ne faut-il pas conclure que la disposition du décret de 1852 ne peut plus produire aucun effet? Observons que les incapacités sont de droit étroit et qu'on ne doit pas les étendre par analogie. Sans doute les lois du 29 juillet 1881 et du 3 août 1882 maintiennent le délit d'outrage aux bonnes mœurs, mais ces lois ne parlent plus d'incapacité électorale et leur silence est d'autant plus significatif que, sur une question posée lors de la discussion de la loi de 1882 devant la Chambre des députés, le rapporteur de cette loi a formellement déclaré que désormais la condamnation pour outrage aux bonnes mœurs n'entraînerait plus la privation des droits politiques.

Ces considérations n'ont pas convaincu la Cour de cassation qui a consacré la solution contraire dans un arrêt du 18 avril 1888 [1]. Elle décide que l'art. 15 § 6 du décret de 1852 conserve encore aujourd'hui sa force et nous croyons qu'elle a raison. Ce texte n'a jamais été abrogé et s'il est vrai que le rapporteur de la loi de 1882 en ait nié l'existence devant la Chambre des députés [2], c'est là une erreur individuelle qui ne change pas la situation; le texte existe, il faut donc l'appliquer.

Mais il se réfère à la loi de 1819 qui est abrogée. — Qu'importe, puisque le délit que définissait la loi de 1819 subsiste toujours avec le même caractère? Ce délit n'est plus aujourd'hui régi par la loi de 1819, il l'est par les lois de 1881 et de 1882, mais ce changement de date est insuffisant pour justifier le refus d'appliquer le décret de 1852. Pour se convaincre que le délit est conservé on n'a qu'à lire les textes.

Les art. 1 et 8 de la loi de 1819 punissaient l'outrage aux bonnes mœurs par écrits vendus ou mis en vente dans les lieux ou réunions publics; les art. 23 et 28 de la loi de 1881 punissent l'outrage aux bonnes mœurs par écrits ou imprimés obscènes vendus ou mis en vente dans les lieux ou réunions publics;

[1] *Revue génér. d'admin*, juin 1888, p. 196.

[2] Séance du 26 juin 1882. — Dall. 82. 4. 106 note 1 *in fine*.

Digitized by Google

l'art. 1er de la loi de 1882 punit l'outrage aux bonnes mœurs par la vente sur la voie publique ou dans les lieux publics d'écrits ou d'imprimés obscènes (autres que le livre). La définition du délit est donc la même dans ces trois lois; le délit visé par le décret de 1852 existe donc encore et par conséquent ce décret doit être appliqué.

On peut observer en outre que les lois de 1881 et de 1882 ont aggravé la peine que prononçait contre le délit dont nous nous occupons la loi de 1819; il serait dès lors peu logique d'admettre qu'elles ont voulu supprimer la peine accessoire de la privation des droits politiques; ce serait une inconséquence que rien n'autorise à prêter au législateur.

3. L'art. 14 de la loi du 5 avril 1884 a supprimé la dualité des listes électorales qu'établissait la législation précédente; de là la question de savoir si elle avait supprimé aussi la dualité des électorats. Sous l'empire de la loi du 7 juillet 1874 la jurisprudence avait en effet admis que l'électorat politique était distinct de l'électorat municipal et que les deux droits pouvaient être exercés en des communes différentes. La réforme de 1884 n'était pas nécessairement incompatible avec cette jurisprudence. De ce que la loi de 1884 soumettait aux mêmes conditions l'exercice des deux électorats, il n'en résultait pas inévitablement qu'elle confondît ces deux droits et qu'elle défendît de les séparer. C'est cependant l'interprétation que vient de consacrer la Cour de cassation. Elle se fonde sur la volonté exprimée par le législateur de n'avoir plus désormais qu'une liste électorale unique; or si on admettait les électeurs à se faire inscrire dans une commune pour l'électorat municipal et dans une autre pour l'électorat politique, on aurait en fait rétabli la dualité des listes que la loi voulait supprimer. (arrêt du 11 avril 1889)[1]. L'observation nous paraît fondée et nous pensons que cet arrêt fera jurisprudence.

4. Il peut arriver qu'un électeur soit inscrit sur plusieurs listes électorales; ce fait ne constitue pas par lui-même un délit surtout lorsqu'il est indépendant de la volonté de l'électeur, mais il peut faciliter le vote multiple; c'est en définitive une situation irrégulière.

[1] Dall. 89. 1. 336.

Digitized by Google

Il ne faut pas conclure cependant que la commission de révision puisse toujours faire cesser cette irrégularité. Si par exemple un électeur a été inscrit d'office sur plusieurs listes où il a le droit d'être inscrit, aucune commission de révision ne peut le rayer contre son gré, car c'est lui qui a le choix du lieu où il veut être électeur et il pourra réclamer contre une radiation qui lui enlèverait sa liberté d'option. Ce n'est que lorsqu'il demande lui-même son inscription sur la liste d'une commune qu'on peut le rayer d'office dans une autre commune où il serait inscrit; il a alors exercé son droit d'option et il n'a aucune raison légitime d'exiger le maintien de son inscription dans la commune pour laquelle il n'a pas opté (Cass. 28 mars 1889)[1].

Il faudrait même exiger, pour la recevabilité de la demande de nouvelle inscription, la preuve que l'électeur a tout au moins sollicité sa radiation dans la commune où il était inscrit jusque-là. La précaution ne serait pas inutile pour prévenir la fraude du double vote. La jurisprudence a sanctionné cette condition, mais en la maintenant dans des limites raisonnables. Ainsi quand c'est à la même autorité que doivent être faites les deux demandes d'inscription nouvelle et de radiation, elle n'exige pas deux demandes distinctes en la forme. La circonstance que nous signalons se présente lorsque dans une commune divisée en sections électorales, un électeur inscrit dans une section demande son inscription dans une autre section; sa demande est recevable quoiqu'il n'y parle pas expressément de radiation, car cela est implicitement compris dans sa requête à l'effet de changer de section (Cass. 9 avril 1888)[2].

5. Quelles sont les attributions de la commission de révision et du juge de paix en ce qui concerne les noms sous lesquels les électeurs sont inscrits sur les listes électorales?

Le nom est un des éléments de l'état civil; si donc une contestation sérieuse s'élève, il est certain que la commission municipale de révision et le juge de paix sont incompétents et que par application de l'art. 22 du décret du 2 février 1852 ils doivent surseoir et renvoyer les parties à se pourvoir devant le tribunal civil

[1] Dall. 89. 1. 216.
[2] Dall. 88. 1. 363.

Digitized by Google

Mais si la commission se trouve en présence d'une réclamation qui n'a rien de contentieux, elle peut passer outre et le réclamant n'a aucun recours. C'est un électeur par exemple qui ayant été jusqu'alors inscrit sous un double nom composé de son nom propre et du nom de sa femme, demande la suppression de ce dernier nom; au cas de refus de la commission administrative de révision, il n'a aucun recours ni devant la commission municipale ni devant le juge de paix; ces autorités ne sont en effet compétentes que pour les demandes tendant à l'inscription ou à la radiation d'un électeur et il ne s'agit de rien de pareil ici; d'autre part la réclamation ne soulève aucune question d'état qui exige le renvoi devant le tribunal civil; c'est une simple question d'ordre pour la solution de laquelle la commission administrative est souveraine (Cas. 28 mars 1889) [1].

La solution serait différente si l'électeur réclamait contre une violation de son droit. La Cour de cassation a appliqué cette idée dans les circonstances suivantes: les sieurs Philpin de Rivière père et fils étaient depuis de longues années inscrits sous ce nom sur la liste électorale de leur commune, lorsqu'en 1889 la commission de révision ne les inscrivit que sous le nom de Philpin, prétendant qu'ils n'avaient aucun droit à l'adjonction du titre de Rivière. Ceux-ci se pourvurent devant la commission municipale, puis devant le juge de paix, et la Cour de cassation a jugé avec raison que leur recours était admissible, car il s'agit ici d'un droit véritable pour les réclamants (arrêt du 1er mai 1889) [2].

Mais alors s'élève la question de compétence. Puisqu'il s'agit d'un litige relatif à l'état des personnes, la commission municipale et le juge de paix ne sont-ils pas incompétents? Sans doute; mais remarquons que dans notre espèce il n'y a pas en réalité litige puisque les réclamants n'ont pas d'adversaires légitimes. La commission municipale et le juge de paix sont des juges et non des plaideurs; ils n'ont donc pas qualité pour introduire dans l'affaire des éléments nouveaux. Or les réclamants, à l'appui de leur demande produisaient un acte de naissance régulier

[1] Dall. 89. 1. 287.
[2] Dall. 89. 1. 288.

Digitized by Google

qui leur donnait le titre de Rivière et qui établissait au moins jusqu'à preuve du contraire la légitimité de leur prétention. Il est vrai que le jugement du juge de paix constatait qu'il avait été versé aux débats un acte de baptême de 1772 qui contredisait l'acte de naissance; mais le demandeur n'ayant jamais eu de contradicteur à aucun moment de l'instance, il y avait à se demander s'il fallait tenir compte de cette pièce, dont la présence était évidemment irrégulière, puisqu'elle ne pouvait avoir été introduite dans la cause que par les juges eux-mêmes ou par toute autre personne sans qualité. La Cour de cassation a conclu avec raison pour la négative, et comme le juge de paix avait fondé sa décision sur cet acte irrégulièrement versé, elle a cassé son jugement. Nous ne pouvons que l'approuver. Il ne faut pas que sous prétexte de révision des listes électorales on puisse troubler des citoyens dans la possession d'un nom qui leur est attribué par des actes publics; s'il y a des usurpations de titre, ce n'est pas par la procédure électorale qu'il faut les réprimer.

6. Une difficulté intéressante s'est présentée lors des élections municipales de Clermont-Ferrand en 1888. Au dépouillement du deuxième tour de scrutin on trouva dans les urnes 196 bulletins qui contenaient imprimé un véritable programme et sur lesquels on lisait notamment ce qui suit: « Par le dépôt de ce bulletin l'électeur affirme qu'il n'entend pas abdiquer même temporairement sa souveraineté, mais seulement donner mandat aux hommes compétents, dont les noms suivent, d'étudier toutes les questions qui l'intéressent et de soumettre les solutions à la ratification du corps électoral avant de les rendre exécutoires. » Le conseil de préfecture annula ces bulletins pour deux motifs dont l'un au moins est bien extraordinaire. Il relève d'abord contre ces bulletins le grief qu'ils contiennent un mandat impératif, et, comme ce mandat est prohibé, il conclut que les bulletins sont nuls. Et en effet, ajoute-t-il en deuxième lieu, d'après l'art. 1172 Civ., la condition illicite dans les contrats onéreux vicie le contrat tout entier.

On ne pouvait guère s'attendre à voir l'art. 1172 Civ. figurer dans cette discussion; d'ailleurs les arguments du conseil de préfecture prouveraient peut-être la nullité du mandat, mais non celle des bulletins; il faudrait alors pour être logique compter les

Digitized by Google

bulletins, auxquels on ne fait aucun reproche, et annuler l'élection des candidats nommés à l'aide de ces bulletins. Mais cette solution suppose que l'acceptation d'un mandat impératif annule une élection; et nous ne connaissons aucun texte qui proclame un pareil principe. La seule disposition de loi qui s'occupe du mandat impératif est l'art. 13 de la loi du 30 novembre 1875, mais cet article, qui n'est applicable qu'à l'élection des députés, ne contient aucune sanction pour la prohibition qu'il édicte, de sorte que l'acceptation d'un mandat impératif, même par un candidat à la Chambre des députés, n'entraînera certainement pas la nullité de l'élection.

Nous ne croyons pas d'ailleurs que cette absence de sanction soit une imperfection; la question du mandat impératif ne nous paraît pas en effet susceptible d'une solution rigoureuse et absolue.

Sans doute, il serait déraisonnable de nommer des délégués qui n'auraient absolument aucune latitude d'appréciation et dont tous les votes seraient déterminés à l'avance d'une manière précise, mais il nous paraît très juste au contraire de permettre à l'électeur de tracer à l'avance dans la mesure du possible la ligne de conduite que devra suivre l'élu. En fait chaque candidat se présente avec un programme qui constitue bien réellement un mandat impératif. Il y a donc en cette matière une mesure à garder, mais on ne peut pas dire *a priori* et d'une manière absolue que l'acceptation d'un mandat impératif soit une chose contraire à l'intérêt général : c'est pour cela que nous approuvons le législateur de n'avoir pas essayé de réglementer cette matière et de s'en être référé à la sagesse des candidats et des électeurs et aussi à la nécessité des choses. Nous ne pouvons donc à aucun point de vue approuver la décision du conseil de préfecture du Puy-de-Dôme.

Elle a été abandonnée par le Conseil d'État qui a annulé aussi les bulletins, que nous avons décrits ci-dessus, mais pour un tout autre motif. Il résulte, dit-il, des déclarations contenues en ces bulletins que les électeurs n'ont émis leur vote que sous condition; ces bulletins ne peuvent donc être considérés comme constituant des suffrages valablement exprimés (arrêt du 31 mai 1889)[1].

[1] *Revue génér. d'admin.*, juillet 1889, p. 322.

Digitized by Google

On peut admettre à la rigueur qu'un suffrage donné sous condition ne soit pas un suffrage valable comme ne manifestant pas une volonté simple et ferme, mais au moins faut-il qu'il y ait vraiment incertitude sur la volonté des votants. Dans notre espèce cette incertitude n'existe pas. Nos électeurs ne disent pas : nous votons pour X... s'il promet de recourir au procédé du *referendum ;* nous admettrions alors la nullité; mais ils disent, ce qui est tout différent : nous votons pour X... afin qu'il organise le procédé du *referendum,* ce n'est pas un choix sous condition, c'est un choix motivé. Aucun texte ne défend à l'électeur de motiver son vote ni de reproduire un programme sur un bulletin de vote. Nous pensons qu'il eût fallu valider l'élection.

II. — LÉGISLATION MUNICIPALE

1. Les dispositions de la loi sur les modifications territoriales des communes conduisent parfois en pratique à des résultats imprévus; nous en trouvons un exemple dans l'arrêt du Conseil d'État du 18 mai 1888 [1].

Un décret du 23 juillet 1886 avait réuni à la commune de La Ferté-Bernard (Sarthe) les deux communes de Cherré et de Saint-Antoine-de-Rochefort. En exécution de ce décret les conseils municipaux de ces trois communes s'étaient dissous et des élections avaient eu lieu pour donner un conseil municipal à la nouvelle commune, mais le Conseil d'État ayant annulé pour excès de pouvoir le décret précité, il a fallu tout remettre dans la situation primitive; de sorte que, par l'effet d'un arrêt contentieux, deux communes nouvelles ont été créées et un conseil municipal a été dissous.

Quelque extraordinaires qu'ils puissent paraître au premier abord, ces résultats sont très corrects. Il est certain en effet que les décrets qui statuent sur les modifications à apporter au territoire des communes sont soumis au recours pour excès de pouvoir, ils peuvent donc être annulés et dans ce cas la situation qu'ils avaient pour objet de modifier est nécessairement rétablie. Dans notre hypothèse le rétablissement de la situation antérieure amène forcément la création ou plutôt la restauration de deux commu-

[1] Dall. 89. 3. 83.

Digitized by Google

nes et s'il semble que ce résultat soit interdit par l'art. 5 de la loi municipale, qui ne permet de « procéder à l'érection d'une commune nouvelle qu'en vertu d'une loi, » ce n'est qu'une apparence, car l'art. 5 ne régit pas notre hypothèse où il n'y a pas à proprement parler érection d'une commune nouvelle, mais conservation de deux anciennes communes. L'arrêt du 18 mai 1888 entraîne en outre la dissolution du conseil municipal de la nouvelle commune. Car, puisque cette commune est supprimée, le conseil municipal, qui avait été nommé pour elle, n'a plus aucune raison d'être. L'art. 9 de la loi de 1884 décide d'ailleurs que, dans tous les cas de fractionnement de commune, les conseils municipaux sont dissous de plein droit et c'est bien ici un fractionnement.

Faudra-t-il de nouvelles élections dans les trois communes séparées ou bien rappellera-t-on les anciens conseils municipaux? Le Conseil d'État n'a pas eu à statuer sur la question. Théoriquement on pourrait soutenir que les anciens conseils municipaux existent encore; ils n'ont pas été frappés d'une dissolution directe, leur effacement a été le résultat de la modification territoriale; puisque cette modification disparaît, ses effets doivent disparaître aussi.

Nous pouvons invoquer, en faveur de notre solution, la décision donnée par le Conseil d'État relativement à une autre difficulté qui se présentait dans l'affaire. Le décret qui réunissait les trois communes était attaqué par deux des conseils municipaux intéressés; leur demande était-elle admissible? On objectait précisément le fait de la dissolution qui, d'après l'art. 9 de la loi municipale, résulte de plein droit de toute réunion de communes; de sorte que l'acte même qui consacre cette réunion met fin aux pouvoirs des conseils municipaux qui, par suite, n'ont plus d'existence officielle pour pouvoir recourir contre cet acte. Sous l'empire de la loi de 1837, la jurisprudence avait adopté un système contraire, mais le texte était différent; l'art. 18 de la loi du 18 juillet 1837 portait en effet qu'au cas de réunion ou de fractionnement de communes, les conseils municipaux *seraient dissous;* ils ne l'étaient pas de plein droit, il fallait pour leur dissolution un acte de l'administration, et tant que cet acte n'avait pas été pris, ils existaient et pouvaient par conséquent former un

Digitized by Google

recours, Le Conseil d'État ne s'est pas arrêté à ces considérations et il a admis que les conseils municipaux attaquant l'acte même d'où résultait leur dissolution, cette dissolution ne pouvait leur être opposée comme fin de non recevoir. Il est en effet rationnel de permettre à un corps élu de discuter la légalité de l'acte qui met fin à sa mission; d'autant plus que presque toujours il aura seul intérêt à cette discussion, de sorte que si on ne la lui permet pas, nul n'aura plus qualité pour la soulever et l'excès de pouvoir commis par l'administration serait soustrait à tout contrôle et à toute répression. Observons, bien entendu, que le conseil dissous ne pourra fonctionner que pour contester l'acte même de dissolution; toute autre délibération lui sera interdite.

Cette décision aboutit logiquement à faire admettre que le corps élu, qui triomphe dans son recours, et qui fait annuler l'acte qui l'avait dissous, peut reprendre ou plutôt continuer ses fonctions. Il n'y aura donc pas lieu dans notre espèce à de nouvelles élections, les anciens conseils municipaux seront rappelés. L'affaire soulevait une dernière question. Le décret qui réunissait les trois communes en une seule était attaqué non seulement par des conseils municipaux, mais encore par quelques habitants des communes intéressées. Ces habitants avaient-ils qualité pour agir? Le Conseil d'État, admettant la demande des conseils, n'a pas cru devoir se prononcer sur celle des habitants. Le commissaire du gouvernement avait conclu en leur faveur en s'appuyant sur ce que la loi municipale reconnaît aux habitants un droit d'initiative en matière de modification des territoires des communes. Si on fait découler le droit de recours du droit d'initiative, il faudra le soumettre aux mêmes conditions et le droit d'initiative ne peut être exercé que par le tiers des électeurs inscrits de la commune ou de la section intéressée (art. 3, § 2, loi du 5 avril 1884). Nous croyons qu'on peut se montrer plus large vis-à-vis des habitants; la modification de la circonscription de la commune peut en somme entraîner pour chacun d'eux une augmentation d'impôts, une gêne dans les communications avec le chef-lieu municipal, une diminution dans le bénéfice qu'il retirait de la jouissance ou de l'usage des biens communaux et bien d'autres embarras ou entraves pour les affaires; ce sont là des

Digitized by Google

intérêts suffisants pour justifier le recours pour excès de pouvoir et l'on peut invoquer en ce sens un arrêt du Conseil d'État du 23 mars 1880[1].

Au fond, le Conseil d'État a annulé le décret du 23 juillet 1886 pour le motif suivant : le projet primitif comportait la réunion à la commune de la Ferté-Bernard des trois communes de Cherré, Saint-Antoine-de-Rochefort et Chéreau, et l'enquête avait porté sur ce projet; puis on renonça à réunir Chéreau aux autres communes et le nouveau projet fut soumis aux conseils municipaux intéressés, mais on ne recommença pas l'enquête. Le Conseil d'État a décidé que l'enquête faite sur le premier projet ne pouvait être considérée comme suffisante pour le deuxième qui était tout différent du premier. Ce deuxième projet a donc été réalisé sans enquête préalable; il y a donc eu excès de pouvoir.

2. *a*) D'après l'art. 145 § 2 de la loi du 5 avril 1884, quand le budget communal « pourvoit à toutes les dépenses obligatoires et qu'il n'applique aucune recette extraordinaire aux dépenses, soit obligatoires, soit facultatives, ordinaires et extraordinaires, les allocations portées audit budget pour dépenses facultatives ne peuvent être modifiées par l'autorité supérieure. » L'application de cet article a été contestée dans les circonstances suivantes. Le conseil municipal de Saint-Saturnin-lès-Apt avait dans le budget de 1885 alloué une subvention à des instituteurs libres ; ce budget réunissait d'ailleurs les conditions de l'art. 145 § 2, mais il contenait deux recettes qui donnèrent lieu à des difficultés : 1° une subvention allouée par l'État pour réduire les charges résultant pour la commune de la gratuité de l'instruction primaire; 2° un reliquat provenant de l'exercice précédent. Le préfet de Vaucluse prétendit que la présence dans le budget de ces deux sortes de recettes rendait l'art. 145 § 2 inapplicable dans l'espèce et il supprima le crédit alloué aux instituteurs libres; mais sur le pourvoi du conseil municipal le Conseil d'État annula l'arrêté du préfet (arrêt du 16 novembre 1888)[2].

Observons d'abord que la question s'agite en 1885, c'est-à-dire

[1] Dall. 80. 3. 108.

[2] *Recueil des arrêts du Cons. d'Et.*, 1888, p. 827,

Digitized by Google

à une époque où la législation admettait encore des écoles libres subventionnées. Depuis la promulgation de la loi du 30 octobre 1886 de pareilles subventions ne seraient plus possibles; nous avons discuté ce point dans un précédent examen doctrinal[1].

Le préfet soutenait d'abord qu'on ne pouvait pas admettre que la commune appliquât à subventionner des écoles libres, les disponibilités obtenues avec des fonds alloués par l'État pour le service des écoles publiques: mais cet argument fut abandonné par le ministre de l'Intérieur de sorte que le Conseil d'État n'a pas eu besoin d'y répondre. La réponse n'aurait pas été difficile à trouver; les subventions auxquelles fait allusion le préfet ont été accordées à la commune en vertu de la loi de finances pour tenir lieu du prélèvement du cinquième sur les revenus; elles ne constituent point une faveur spéciale, mais la part que l'État a cru devoir prendre dans les charges budgétaires imposées par la loi sur la gratuité de l'enseignement primaire; c'est donc une recette ordinaire pour la commune et elle peut lui donner l'affectation qu'elle veut. L'art. 145 d'ailleurs n'exige pas pour son application que la commune ne reçoive pas de subvention.

La deuxième considération invoquée par l'administration supérieure était que le budget ne se trouvait en équilibre que par suite d'un reliquat provenant des exercices précédents; c'était donc ce reliquat qui permettait à la commune de payer la subvention allouée aux instituteurs libres, et le reliquat étant une ressource accidentelle, il n'était plus exact de dire que la commune pourvoyait à toutes les dépenses avec ses seules ressources ordinaires. Le Conseil d'État a répondu que « les excédents des recettes ordinaires d'un exercice reportés au budget de l'année suivante et dont la disponibilité est établie ont toujours figuré au nombre des recettes ordinaires; le caractère accidentel de ces ressources ne saurait suffire, en l'absence de toute disposition législative, à les faire considérer comme des recettes extraordinaires au sens de la loi du 5 avril 1884. » Il faut bien remarquer en effet que la loi ne donne aucune définition des recettes ordinaires ou extraordinaires, elle procède par énumération et elle ne comprend pas

[1] *Rev. Crit.*, 2e *série*, tome 18, p. 685.

Digitized by Google

dans ses énumérations les reliquats des exercices précédents, ces reliquats n'ont donc pas, au point de vue qui nous occupe, un caractère propre, les sommes qui les composent conservent le caractère qu'elles avaient à leur origine, et puisqu'elles proviennent de recettes ordinaires, elles continuent à constituer une recette ordinaire. Il est vrai que le n° 8 de l'art. 134 range parmi les recettes extraordinaires toutes les recettes accidentelles; mais, comme le fait observer le Conseil d'État, une ressource peut être accidentelle sans provenir d'une recette accidentelle; c'est par accident en effet que l'exercice précédent a laissé un reliquat et en ce sens ce reliquat est une *ressource* extraordinaire; mais les sommes qui ont formé ce reliquat proviennent de recettes normales, ce n'est donc pas une *recette* accidentelle.

b) Lorsque le conseil municipal refuse d'allouer des crédits suffisants pour payer une dépense obligatoire, l'autorité supérieure peut inscrire ces crédits d'office dans le budget, mais à la condition que le caractère et la quotité de la dépense ne soient pas contestées ou que, s'il y a contestation, la décision appartienne à l'administration elle-même; si elle est incompétente, elle doit surseoir, car elle ne peut, par un procédé budgétaire, résoudre une question dont la connaissance ne lui appartient pas. Nous trouvons ce principe appliqué dans deux arrêts du Conseil d'État l'un du 11 mars 1887[1] et l'autre du 11 janvier 1889[2].

Il s'agissait, dans la première affaire, d'un hospice qui réclamait à une commune les frais d'entretien de deux indigents qu'il avait reçus et qu'il prétendait être légalement à la charge de la commune; celle-ci niait cette obligation. Le préfet avait passé outre et avait inscrit d'office la somme réclamée par l'hospice. Son arrêté est annulé, car l'obligation à la dépense est contestée et il n'est pas juge du litige.

Dans la deuxième affaire c'était un employé d'une commune qui prétendait avoir droit à une pension de retraite que la commune lui contestait; le préfet avait encore procédé par la voie de l'inscription d'office; la nullité de son arrêté fut prononcée pour le même motif que dans l'affaire précédente.

[1] Dall. 88. 3. 70.

[2] *Recueil des arrêts du Cons. d'Et.*, 1889, p. 36.

Digitized by Google

L'arrêt du 23 novembre 1888 [1] paraît contredire cette jurisprudence. Une société de secours mutuels s'était formée dans la commune de Doué-la-Fontaine (Maine-et-Loire) sans l'intervention des autorités communales, conformément à l'art. 18 du décret du 26 mars 1852; cette société réclamait le bénéfice de l'art. 9 dudit décret qui impose aux communes l'obligation de fournir gratuitement aux sociétés de secours mutuels approuvées les livrets et registres nécessaires à leur administration et à leur comptabilité. La commune prétendait que l'art. 9 ne visait que les sociétés fondées conformément à l'art. 1er du décret qui impose certaines formalités et notamment un avis préalable du conseil municipal; la société requérante n'était pas dans ce cas, elle n'avait donc aucun droit aux subventions communales. Ce ne fut pas l'avis du préfet qui inscrivit d'office un crédit de 90 fr. pour les fournitures à faire à la société de secours mutuels. La commune se pourvut en Conseil d'État, mais sa requête fut rejetée par le motif que le préfet avait bien interprété la loi.

Nous acceptons au fond cette décision; l'art. 18 du décret de 1852 donne formellement aux sociétés simplement approuvées *les bénéfices du présent décret*, et un de ces bénéfices est évidemment la faculté d'exiger les subventions de la commune.

Mais le Conseil d'État et le préfet étaient-ils compétents pour juger cette question? Il s'agit d'un intérêt pécuniaire à débattre entre une commune et une société de secours mutuels, et aucun acte administratif n'est en jeu, à quel titre le Conseil d'État serait-il saisi? Nous ne voyons aucun texte ni aucun principe qui permette de soustraire cette difficulté à la juridiction judiciaire; et rien dans les détails de l'affaire ne nous explique pourquoi le Conseil d'État a cru devoir statuer au fond.

c) Le mandatement d'office ne doit pas être confondu avec l'inscription d'office, quoiqu'il y ait entre les deux procédés bien des analogies, mais il y a cette différence essentielle que l'inscription a pour objet de suppléer à l'insuffisance des crédits votés par le conseil municipal, tandis que le mandatement d'office n'est que l'exécution d'un crédit régulièrement inscrit; si ce crédit en effet a été dépensé et que le maire refuse de délivrer le

[1] *Recueil des arrêts du Cons. d'Et.*, 1888, p. 860.

Digitized by Google

mandat de paiement, le préfet peut le faire à sa place (art. 152, loi du 5 avril 1884).

En principe, le préfet ne doit délivrer d'office des mandats de paiement que pour les dépenses conformes aux crédits, car sans cela la dépense serait irrégulière et la commune pourrait nier qu'elle fût obligée de la payer. Nous trouvons cependant un arrêt du Conseil d'État du 15 juin 1888 [1] qui ne tient pas compte de cette règle. Le conseil municipal d'Alger avait porté au budget de 1887 une somme de 2.400 fr. pour la fourniture du local destiné aux services académiques; le préfet mandata une somme de 2.250 fr. à prendre sur ce crédit pour le loyer du 1er semestre seulement. La ville d'Alger se pourvut devant le Conseil d'État qui rejeta sa requête; nous croyons cependant que la ville avait raison. Puisque le budget ne portait que 2.400 fr. pour l'année entière, il ne fallait pas dépasser 1.200 fr. par semestre, toute dépense supérieure était irrégulière et par conséquent inopposable à la commune; le procédé du mandatement d'office ne pouvait donc être employé. Il est vrai que dans l'espèce il faut tenir compte d'une autre considération : le préfet soutenait que la fourniture du local pour les services académiques constituait pour la commune une dépense obligatoire et il ajoutait que le crédit voté par le conseil municipal étant insuffisant, l'administration avait le droit de l'augmenter de façon à obtenir les ressources nécessaires. Il se proposait donc de prendre pour le moment les crédits votés, sauf à recourir pour le 2e semestre à une inscription d'office. Le Conseil d'État a accepté cette façon de procéder; elle est cependant incorrecte, puisqu'elle ne tient aucun compte du vote du conseil municipal et qu'elle considère comme alloué pour six mois seulement un crédit qui en réalité avait été alloué pour l'année toute entière. Il eût fallu procéder de suite à une inscription d'office et ne recourir au mandatement qu'après l'inscription.

Il n'y a pas de doute d'ailleurs que le mandatement d'office puisse être effectué pour un crédit inscrit d'office; c'est en somme un crédit régulier puisqu'il est inscrit avec l'autorisation de la loi. Le Conseil d'État a même jugé que le mandatement d'office était

[1] Dall. 89. 3. 73.

Digitized by Google

possible alors que l'inscription était frappée d'un recours pour excès de pouvoir; ce recours en effet n'est pas suspensif (arrêt du 15 juin 1888)[1].

Lorsque la commune conteste l'existence ou la quotité de la dépense, il semble bien que le mandatement n'est plus possible; le préfet en effet n'est pas juge du litige soulevé par la prétention de la commune et il ne peut enlever à celle-ci le droit de faire juger cette prétention. En nous plaçant à ce point de vue il nous est impossible d'approuver l'arrêt du Conseil d'État du 8 juin 1888[2] rendu dans les circonstances suivantes. Le conseil municipal de la commune de Bézu-Saint-Éloi (Eure) avait alloué un crédit de 100 fr. pour les frais de la distribution des prix aux élèves de l'école primaire; sur le refus du maire de procéder à cette distribution à l'époque fixée par le préfet, celui-ci désigna un délégué pour présider à la distribution; ce délégué fit personnellement l'acquisition des livres à distribuer, puis il fit imprimer et apposer des affiches annonçant le jour et l'heure de la distribution et en définitive présenta une note de 82 fr. 50 à la commune qui refusa de payer; le préfet alors mandata d'office et le Conseil d'État rejeta le recours du conseil municipal. Le seul argument donné est: que le conseil municipal n'avait pris aucune délibération pour annuler le crédit qui avait été régulièrement inscrit et dont par suite le préfet pouvait se servir. Mais cet argument est en dehors de la question, car la véritable difficulté consiste ici à savoir si la commune est obligée d'accepter les dépenses faites par le délégué du préfet. Le conseil municipal avait alloué un crédit pour cette dépense, c'est évident; mais avait-il chargé le délégué de la faire? A quel titre ce dernier a-t-il pu s'ingérer dans les affaires de la commune? Et s'il n'avait aucune qualité pour le faire, comment ses actes peuvent-ils obliger la commune?

Fera-t-on intervenir ici la théorie de la gestion d'affaires? Mais ce n'était ni au préfet ni au Conseil d'État qu'il appartenait alors de juger l'utilité de la gestion; il aurait fallu s'adresser à l'autorité judiciaire. Le Conseil d'État ne paraît pas d'ailleurs

[1] Dall. 89. 3. 73.
[2] Dall. 89. 3. 73.

Digitized by Google

s'être placé à ce point de vue et rien dans son arrêt ne fait allusion à la gestion d'affaires.

On pourrait croire plutôt que le conseil a vu ici un cas d'application de l'art. 85 de la loi municipale. Cela n'est pas dit formellement, mais les considérants, visant expressément le refus du maire de faire la dépense, semblent indiquer cette voie. Cette interprétation de l'art. 85 nous paraît exorbitante. L'inscription dans le budget d'un crédit pour une dépense n'a pas pour objet de rendre cette dépense obligatoire, si de sa nature elle est facultative; l'allocation d'un crédit n'est alors qu'une prévision emportant, si l'on veut, autorisation pour le maire de faire la dépense, mais celui-ci reste en principe libre de la faire ou de ne pas la faire et surtout de se tenir au-dessous des prévisions budgétaires; il n'y a donc pas lieu d'appliquer l'art. 85. Cet article ne deviendrait applicable que si le conseil municipal exigeait que la dépense fût faite, on pourrait dire alors que le maire est tenu de se conformer à la décision du conseil municipal et que c'est là un des actes qui lui sont prescrits par la loi. Mais il est impossible d'admettre *a priori* que par cela seul qu'un conseil municipal inscrit une dépense dans son budget, il exige que cette dépense soit faite. Il y a là tout au moins une question d'interprétation à vider et le seul juge est le conseil municipal puisque c'est sa volonté qu'il s'agit de préciser. Nous ne pourrions donc, en principe général, dans les hypothèses semblables à celle que nous examinons, admettre l'exercice par le préfet du droit que lui donne l'art. 85 que s'il s'était assuré que cet article est en effet applicable et que vraiment le maire refuse d'exécuter la volonté du conseil municipal; or dans notre espèce il n'y avait pas le moindre doute sur l'intention de ce conseil qui était en parfaite communion d'idée avec le maire. Mais, objecte le Conseil d'État, le conseil municipal n'a pris aucune délibération pour annuler le crédit qu'il avait voté. — Qu'importe cela? N'oublions pas que nous discutons sur l'application de l'art. 85 qui n'est applicable que quand le maire refuse ou néglige « de faire un des actes qui lui sont prescrits par la loi. » Où est la loi qui prescrit au maire d'employer un crédit inscrit au budget pour une dépense facultative lorsque le conseil municipal a renoncé à cette

Digitized by Google

dépense? Que le maire puisse faire la dépense, malgré l'intention connue de son conseil municipal, tant que ce conseil n'a pas manifesté son intention par une délibération régulière, soit! Mais qu'il y soit obligé et que, s'il hésite, le préfet puisse agir à sa place! Nous ne pouvons l'admettre; ce serait contraire et au texte et à l'esprit de la loi. Au texte : nous en avons cité ci-dessus la partie principale; il exige une prescription de la loi qu'on ne rencontre pas dans notre espèce. A l'esprit: on a toujours admis que l'art. 85 donnait un moyen de triompher de la mauvaise volonté des maires, mais qu'il n'avait pas pour objet de fournir une garantie contre la mauvaise volonté des conseils municipaux. Le Conseil d'État vient encore d'appliquer cette idée dans un arrêt du 22 juin 1888[1] pour une hypothèse ayant avec celle que nous examinons bien des analogies. Des travaux avaient été régulièrement engagés par l'autorité municipale, mais avant leur réception officielle des difficultés s'élevèrent avec l'entrepreneur et le maire refusa de prendre livraison; le préfet ayant voulu se servir de l'art. 85, son arrêté fut annulé pour excès de pouvoir. Il y avait, il est vrai, une délibération formelle du conseil municipal ordonnant au maire de refuser la réception des travaux; mais c'est un détail qui n'a de l'importance qu'au point de vue de la preuve des intentions du conseil municipal; si ces intentions sont certaines, la situation juridique est la même.

Nous avons d'ailleurs reconnu qu'il n'était pas certain que le Conseil d'Etat fondât la décision que nous critiquons sur l'application de l'art. 85. Mais si on écarte cet article et qu'on écarte aussi l'idée de gestion d'affaires, nous ne trouvons plus pour notre arrêt aucune base légale.

De cet arrêt nous pouvons rapprocher celui du 22 juin 1888[2], qui mérite les mêmes reproches. Le conseil municipal de Biarritz avait inscrit dans son budget une somme de 3.000 fr. pour subvention à la fanfare municipale, le premier semestre fut régulièrement payé, mais dans le courant du deuxième semestre le conseil municipal par une délibération formelle supprima la subvention; le préfet délivra d'office un mandat de paiement

[1] Dall. 89. 3. 93.
[2] Dall. 89. 3. 73.

Digitized by Google

qui fut maintenu par le Conseil d'État. On lit dans l'arrêt: « Considérant que l'accord intervenu entre la ville et la fanfare ayant reçu un commencement d'exécution, le conseil municipal ne pouvait supprimer la subvention. » On discutait donc sur l'existence ou plutôt sur les effets d'un accord ou d'un contrat. Et, en effet, les représentants de la commune soutenaient que la fanfare n'avait pas exécuté les engagements en vue desquels la subvention lui avait été accordée. C'était évidemment un litige judiciaire.

Si nous en croyons les renseignements que M. Le Vavasseur de Précourt donne sur cette affaire dans la *Revue générale d'administration*[1], la prétention de la commune de Biarritz n'avait en fait aucune apparence de fondement et c'est pour cela que le Conseil d'État a gardé la connaissance du litige. Cet arrêt constituerait donc une application de l'idée que l'autorité administrative n'est pas tenue de tenir compte des contestations sans fondement, les principes ne lui imposant l'obligation de surseoir que quand elle se trouve en présence d'un litige réel. Nous craignons que si la jurisprudence entre dans cette voie, elle n'ouvre la porte à bien des abus, nous retrouverons cette question ci-dessous à propos d'un arrêt du Tribunal des conflits rendu en matière de travaux publics.

3. Lorsqu'une dépense obligatoire revêt le caractère d'une contribution indirecte, l'autorité judiciaire est seule compétente pour statuer sur les difficultés que soulève cette dépense et notamment sur sa quotité. C'est ce qu'a décidé le Tribunal des conflits dans l'arrêt du 24 novembre 1888[2] relativement aux frais de casernement que l'administration peut réclamer aux communes. L'administration des contributions indirectes avait décerné une contrainte contre la ville de Lorient pour obtenir le paiement des dépenses de casernement des troupes de la marine que la ville refusait de payer, prétendant n'être obligée qu'à raison des troupes dépendant du ministère de la guerre. La commune fit opposition devant le tribunal civil qui se déclara compétent, le préfet prit alors un arrêté de conflit.

[1] *Revue génér., d'admin.* juillet 1888, p. 314.

[2] *Recueil des arrêts du Cons. d'Et.* 1888, p. 881.

Digitized by Google

On peut remarquer les circonstances spéciales dans lesquelles la question se présente; c'est à propos d'une opposition formée à une contrainte; on aurait pu pour statuer sur la compétence ne se placer qu'au point de vue de l'état spécial de la procédure dans l'affaire et c'est ce qu'avait fait le tribunal de Lorient qui, pour affirmer sa compétence, invoquait seulement le principe que toute opposition formée contre une contrainte décernée par l'administration des contributions indirectes doit être portée devant le tribunal civil. Mais, si c'était là en effet le seul fondement de la compétence de ce tribunal, ne s'ensuivrait-il pas qu'il ne devrait s'occuper que de la procédure et qu'il devrait surseoir pour les questions de fond et renvoyer ces questions à leur juge naturel? Les ministres intéressés faisaient observer qu'il serait étrange de faire dépendre la compétence de l'emploi d'une procédure plutôt que d'une autre. Si le préfet avait procédé par la voie de l'inscription d'office, ce qu'il pouvait faire puisqu'il s'agissait d'une dépense obligatoire (art. 136 § 16, loi du 5 avril 1884), la compétence administrative eût été certaine, l'emploi d'une contrainte ne pouvait changer la situation. Pour éviter ces objections le Tribunal des conflits a résolu la question de compétence par des considérations étrangères à la procédure des contraintes, de sorte que sa solution est une solution de principe qui pourra être invoquée dans tous les litiges de cette nature.

Le tribunal fonde sa solution sur la loi des 7-11 septembre 1790 qui attribue à l'autorité judiciaire le jugement des actions relatives à la perception des contributions indirectes. Or le paiement des frais de casernement constitue pour les communes une véritable contribution indirecte; l'art. 46 de la loi du 15 mai 1818 qui a réglementé ce paiement le met en effet sur la même ligne que le prélèvement du dixième du produit net des octrois et ce prélèvement constituait incontestablement une contribution indirecte d'après le texte de la loi du 28 avril 1816, art. 153. D'ailleurs dans les états annexes des lois annuelles de finances, le paiement des frais de casernement figure parmi les impôts et revenus indirects perçus au profit de l'État. Le caractère légal de cette dette est donc incontestable.

Digitized by Google

4. Une personne poursuivie en vertu de l'art. 258 Pén. pour s'être immiscée dans les fonctions de receveur municipal peut-elle être condamnée par les tribunaux judiciaires sans que la juridiction administrative compétente ait statué sur les faits de comptabilité qui servent de base à la poursuite ?

La Cour de Besançon avait admis l'affirmative et avait condamné un maire à qui on reprochait d'avoir fabriqué des mandats fictifs ou majorés à l'aide desquels il s'était créé des ressources irrégulières. Elle se fondait sur l'art. 155 de la loi municipale. Cet article, disait-elle, organise contre les personnes qui se sont ingérées sans autorisation dans le maniement des deniers de la commune deux sortes d'actions, une action criminelle et une action en reddition de comptes ; ces deux actions sont indépendantes l'une de l'autre et le texte ne subordonne pas l'exercice de la première à la reconnaissance de la qualité de comptable.

La Cour de Cassation n'a pas admis ce raisonnement. Elle trouve dans la combinaison des articles 155 et 157 de la loi municipale la preuve que le conseil de préfecture et la Cour des comptes ont seuls compétence pour décider s'il y a eu vraiment immixtion dans le maniement des deniers communaux et si par suite le gérant irrégulier doit être considéré comme ayant usurpé les fonctions de comptable (arrêt du 16 mars 1888)[1].

A vrai dire, les textes qu'elle invoque ne sont pas très précis, et la seule chose qu'ils disent clairement, c'est que les comptes occultes doivent être soumis à la juridiction administrative comme ceux du receveur municipal régulier. Mais il ne s'ensuit pas que le fait même de s'être irrégulièrement immiscé dans le maniement de deniers communaux ne puisse être apprécié au point de vue répressif par un autre tribunal; ce sont deux questions bien distinctes. On insiste: l'art. 155 lui-même déclare que l'action répressive n'est que subsidiaire, puisque ce n'est qu'en outre de l'action en reddition de comptes qu'elle peut être exercée, elle est donc subordonnée à cette dernière. Nous répondons que c'est attacher beaucoup d'importance à l'expression *en outre* qui se trouve en effet dans le texte; c'est peut-être aussi lui attribuer un sens qu'elle n'a pas.

[1] Dall. 88. 1. 393.

Digitized by Google

Nous n'insistons pas car, si les textes ne sont pas topiques, nous croyons cependant que la solution de la Cour de cassation est juridiquement exacte. Le plus souvent en effet les actes, desquels on voudra faire résulter le délit d'usurpation des fonctions de comptable, n'auront pas un caractère très net; ce seront quelquefois de simples irrégularités de forme et pour en apprécier les conséquences il faudra entrer dans l'examen du fonctionnement du service public dans lequel ils ont été commis. Dans l'espèce de notre arrêt par exemple, le maire poursuivi prétendait avoir agi d'accord avec son conseil municipal, il fallait donc vérifier l'exactitude du fait, puis ses conséquences. Cette approbation par le conseil municipal ne couvrait-elle pas les actes du maire? Cela dépend évidemment de la nature de ces actes et de leurs effets au point de vue du budget et de la comptabilité. Il faudra donc examiner les détails de la gestion du maire; or un pareil examen est interdit à l'autorité judiciaire par le principe de la séparation des pouvoirs.

L'affaire présentait une autre difficulté. On reprochait au maire d'avoir majoré des mandats, d'en avoir même fabriqué de fictifs. Est-ce là usurper les fonctions de comptable? Mais un comptable ne délivre jamais de mandats! Qu'on poursuive le maire pour faux en écriture publique, soit! Mais pour usurpation des fonctions de receveur municipal, c'est impossible. La Cour de Besançon avait cependant admis le délit d'usurpation. Le maire, disait-elle, au moyen de mandats fictifs ou majorés a fait payer à des tiers des sommes qui ne leur étaient pas dues, ils étaient donc tenus de les restituer et la restitution aurait dû en être faite aux mains du receveur municipal; or le maire s'est fait restituer à lui-même, il a donc usurpé les fonctions de receveur municipal.

Le conseiller rapporteur devant la Cour de cassation avait raison, croyons-nous, de trouver ce raisonnement bien subtil. « L'acte coupable, ajoutait-il, c'est d'avoir fait payer par le receveur une somme supérieure à celle que la commune devait réellement, c'est à l'aide d'un faux mandat que ce paiement a été obtenu. Mais le maire a-t-il opéré ainsi une recette pour le compte de la commune? Nous ne le croyons pas. Il ne s'est pas présenté comme étant le receveur municipal et il n'a pas usurpé le titre et

Digitized by Google

la fonction de ce receveur. » La Cour de cassation n'a pas statué sur ce point.

5. L'art. 123 de la loi de 1884, qui ne fait d'ailleurs que reproduire la législation antérieure, exige, lorsqu'un contribuable veut intenter les actions de la commune, que celle-ci soit mise en cause. On conçoit en effet qu'elle a intérêt à surveiller un procès où ses droits sont débattus. Il est vrai que, si on n'exigeait pas son intervention, le jugement serait pour elle *res inter alios acta*, mais s'il n'avait par suite contre elle aucune valeur légale, il aurait par la force des choses une autorité morale considérable et constituerait un préjugé qu'elle aurait beaucoup de peine à faire tomber, si tant est qu'elle y réussît. La mise en cause de la commune est donc exigée dans son intérêt, il était dès lors juridique de conclure que c'était une formalité d'ordre public et que, si elle n'avait pas eu lieu, il en résultait une nullité qui pouvait être invoquée en tout état de cause. On aurait pu hésiter sur le point de savoir si l'accomplissement de la formalité devant le tribunal d'appel ne couvrait pas la nullité résultant de son inaccomplissement en 1re instance; puisque, en définitive, la commune est appelée dans le procès assez à temps pour pouvoir défendre ses intérêts n'est-il pas trop rigoureux de maintenir la nullité? On peut observer cependant que l'affaire en appel n'est plus entière : le jugement de 1re instance constitue par son existence même un préjugé d'une certaine force; les demandes nouvelles ne sont plus possibles; des déchéances ont pu être encourues en 1re instance soit pour des fins de non recevoir, soit pour l'emploi de certains moyens de défense ou de certaines preuves; le rôle juridique des parties a été fixé d'une façon définitive. On ne peut obliger la commune à accepter cette situation à la formation de laquelle elle n'a pas concouru. Aussi approuvons-nous l'arrêt de Cassation du 28 mars 1888[1] qui établit en principe que la mise en cause de la commune devant le tribunal d'appel ne couvre pas la nullité résultant de l'absence de cette formalité dans la procédure de 1re instance.

Les formalités et conditions de l'art. 123 ne sont plus exigées lorsque le particulier qui invoque le droit de la commune agit en

[1] Dall. 88. 1. 344.

Digitized by Google

son nom propre et dans son intérêt privé; c'est du moins ce que décide une jurisprudence constante sur la valeur de laquelle il nous paraît inutile de discuter, tant elle nous paraît définitivement établie. Nous nous contenterons de faire remarquer que le danger que l'art. 123 a pour but de conjurer existe ici : si la partie qui invoque les droits de la commune succombe, il y aura contre celle-ci un préjugé d'une autorité morale considérable. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence applique son système aux riverains des voies communales qui, dans leur intérêt propre, veulent faire respecter l'intégrité du domaine public municipal. Ainsi, lorsqu'un propriétaire a empiété sur un chemin vicinal ou rural, le riverain qui réclame contre cet empiétement et agit pour le faire cesser doit être considéré comme soustrait à l'application de l'art. 123. Ainsi jugé par deux arrêts de la Cour de cassation, le 19 octobre 1887 [1] et le 22 mai 1889 [2].

III. — TRAVAUX PUBLICS.

1. Une question de compétence s'est élevée entre la juridiction administrative et la juridiction commerciale dans les circonstances suivantes : Les sieurs Fontenelle, qui avaient l'entreprise du port de Calais, ne pouvant plus faire face à leurs affaires, résilièrent leur marché avec l'État; plus tard ils furent déclarés en faillite et l'ouverture de la faillite fut reportée à une période antérieure à la date où avait été signée la résiliation. Les syndics de la faillite voulurent alors demander la nullité de cette résiliation en vertu des art. 446 et 447, C. com. Devant quel tribunal fallait-il agir?

Il est évident, d'une part, que la demande des syndics concerne la faillite, elle rentre donc dans les termes de l'art. 635, C. com., qui l'attribue à la juridiction commerciale. Mais, d'autre part, cette demande a pour objet de faire statuer sur une difficulté relative à l'exécution d'un marché de travaux publics et s'élevant entre l'administration et l'entrepreneur; or, d'après l'art. 4, § 2 de la loi du 28 pluviôse an VIII, c'est le conseil de préfecture qui est compétent.

[1] Dall. 88. 1. 458.
[2] Dall. 89. 1. 468.

Digitized by Google

Laquelle de ces deux attributions de compétence doit l'emporter? Nous ne croyons pas que l'on puisse songer un moment à admettre ici une double compétence laissant aux parties la liberté de choisir le tribunal qui leur conviendrait. Cette solution serait par trop contraire au caractère général que notre législation attribue aux effets du principe de la séparation des pouvoirs. Ces effets sont considérés comme étant d'ordre public et ne pouvant être modifiés par la volonté des particuliers.

Il faut donc opter entre l'art. 635, C. com. et l'art. 4 de la loi de pluviôse. C'est ce dernier qui doit l'emporter. L'art. 635, en effet, ne s'occupe pas précisément de notre question; il n'a pas pour objet de déterminer la compétence respective des autorités judiciaire et administrative, mais seulement de répartir entre les tribunaux civils et les tribunaux de commerce les litiges qui sont du domaine judiciaire et qui se présentent en matière de faillite; en un mot, il n'abroge ni ne diminue le principe de la séparation des pouvoirs qui doit produire ses effets ordinaires (Cass., 15 juin 1887)[1].

2. *a*) Nous avions critiqué dans un précédent examen doctrinal[2] le système admis par le tribunal des conflits d'après lequel l'action en indemnité pour un dommage résultant d'un délit commis par un agent de l'État n'appartient à l'autorité judiciaire qu'au cas où des poursuites correctionnelles ont été tout au moins commencées à raison de ce fait. Nous faisions observer que la compétence doit être déterminée par la nature même des actes et non par un accident de procédure, et que la circonstance qu'aucune poursuite n'aurait été encore exercée devant la juridiction correctionnelle ne peut changer la nature de l'acte reproché à l'agent de l'État. La doctrine du Tribunal des conflits aboutirait en pratique à des résultats bizarres. Si par exemple, en l'absence de poursuite, on avait saisi la juridiction administrative et que le parquet, se ravisant, mit en mouvement l'action publique avant la fin de l'instance administrative, celle-ci devrait prendre fin brusquement puisque le tribunal administratif ne serait plus compétent. En sens contraire si l'action judiciaire était commen-

[1] Dall. 89. 1. 144.

[2] *Revue Crit.*, 2e série, tome 17, p. 87.

Digitized by Google

cée, mais que l'inculpé mourut avant le jugement, le tribunal judiciaire devrait s'arrêter et il faudrait retourner devant la juridiction administrative puisque aucune poursuite ne serait plus possible. Ces solutions pourraient au besoin être discutées, mais c'est qu'alors on n'oserait déduire les conséquences logiques du principe qu'on aurait posé et l'on tomberait dans l'arbitraire et la fantaisie. La Cour de cassation a reculé devant une pareille théorie, son arrêt du 15 janvier 1889[1] affirme, comme nous, que la compétence dépend de la nature du fait d'où découlé le dommage et qu'il n'y a pas à s'occuper de savoir s'il y a ou non des poursuites répressives. Nous espérons que cette résistance du plus haut tribunal de l'ordre judiciaire amènera le Tribunal des conflits à soumettre sa doctrine à un nouvel examen et qu'il verra mieux les inconvénients du système qu'il a adopté.

b). La distinction des compétences respectives du conseil de préfecture et du tribunal civil en matière de dommages provenant des chemins de fer devient assez difficile à établir si l'on veut tenir compte de la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Cette jurisprudence consacre la compétence administrative pour les faits de construction et nous en trouvons une application intéressante dans un arrêt du 28 juin 1889[2]. La Compagnie des chemins de fer du Nord avait planté en épines-vinettes les haies de clôture de la voie ferrée sur un certain parcours. Un riverain prétendit que ces arbustes avaient communiqué à ses blés la maladie de la rouille linéaire et il demanda une indemnité, que le Conseil d'État lui refusa d'ailleurs, mais pour ce motif seulement qu'il n'était pas prouvé que la cause certaine du dommage se trouvât dans le voisinage des épines-vinettes. Les parties à la vérité n'avaient pas proposé l'exception d'incompétence, mais elle peut être admise d'office par le juge puisqu'elle est d'ordre public, et le commissaire du gouvernement l'avait discutée.

Il concluait en faveur de la juridiction administrative et le Conseil d'État a été du même avis puisqu'il a statué sur le fond de l'affaire. La solution nous paraît exacte : la naie qui clôture la voie ferrée est une dépendance de cette voie, la plantation de

[1] Dall. 89. 1. 49.

[2] *Revue génér. d'admin.*, septembre 1889, p. 59.

Digitized by Google

cette haie est donc un acte d'exécution d'un travail public et, s'il y a un dommage, il est bien de ceux auxquels s'applique l'art. 4 de la loi de pluviôse.

Mais le Conseil d'État ne se contente pas des faits de construction, il étend encore sa compétence à certains faits d'exploitation. Ainsi un arrêt du 6 mai 1887 [1] statue sur une demande en indemnité formée contre la Cie Paris-Lyon-Méditerranée par des fabriquants de rubans à raison du préjudice causé à leur industrie par la fumée des locomotives. Et ce n'est pas le seul arrêt qui entre dans cette voie ; nous pourrions en signaler quelques autres dans le même sens. De leur combinaison il résulte une doctrine que M. Laferrière a synthétisée très exactement et dont il présente une justification très ingénieuse [2]. La juridiction administrative, dit-il en substance, est compétente pour tous les dommages causés par un ouvrage public, non seulement par l'ouvrage brut et inerte, mais aussi par l'ouvrage en activité fonctionnant conformément à sa destination. On ne construit pas des chemins de fer pour ne pas s'en servir; le concessionnaire n'est pas libre de faire ou non circuler des trains; cette circulation et les conséquences qu'elle peut avoir sont donc des suites nécessaires de l'établissement de la voie.

Il y a dans cette argumentation un côté séduisant; mais elle se tient trop en dehors des textes. L'art. 4, § 3 de la loi du 28 pluviôse an VIII ne donne pas en effet à la juridiction administrative la connaissance de tous les dommages causés par un *ouvrage* public, il ne parle que du préjudice causé par l'exécution d'un *travail* public ou pour nous servir des termes même qu'il emploie « des torts et dommages procédant du fait des entrepreneurs de travaux publics. » Comment faire entrer dans cette expression le préjudice causé par un concessionnaire de chemin de fer qui exploite sa concession? Ce n'est pas là un entrepreneur de travaux publics. Le raisonnement de M. Laferrière pourrait avoir une grande valeur au point de vue législatif; mais nous n'avons pas à refaire la loi, nous n'avons qu'à l'interpréter.

Le danger de ces empiètements est qu'on ne voit pas claire-

[1] *Recueil des arrêts du Cons. d'Et.*, 1887, p. 372.

[2] *Juridict. admin.*, t. 2, p. 155.

Digitized by Google

ment où ils doivent ou peuvent s'arrêter. La séparation du contentieux administratif d'avec le contentieux judiciaire soulève déjà bien assez de difficultés inévitables pour qu'on n'aille pas en créer volontairement quelques-unes dont on aurait pu se passer. Si, dans notre matière, et conformément aux données du texte, on avait accepté comme règle la distinction des faits de construction d'avec ceux d'exploitation, on eût pu hésiter dans quelque cas difficile, mais le plus souvent la question de compétence n'eût soulevé aucun doute ; tandis que la doctrine du Conseil d'État augmente les incertitudes.

Pour appliquer cette doctrine il faut en effet distinguer les faits d'exploitation proprement dits, qui sont conservés à la compétence judiciaire, des faits d'exploitation, qui constituent l'usage de l'ouvrage public et que l'autorité administrative revendique pour elle. Mais comment se fera cette distinction ? M. Laferrière donne la formule suivante [1] : « On doit reconnaître le caractère d'actes d'exploitation relevant de la compétence judiciaire aux travaux qu'exécutent les compagnies dans leurs ateliers de réparation..... en un mot à toutes les opérations qui ne concernent pas l'usage direct de la voie ferrée ou la traction. » Il suit de là qu'il faudrait donner aux tribunaux administratifs tous les préjudices résultant d'actes qui constituent l'usage ordinaire de la voie ferrée; par exemple, les incendies causés par les flammèches qui s'échappent de la locomotive ou par les fragments de coke qui tombent de la grille du foyer; mais on se heurte alors aux décisions de l'autorité judiciaire qui s'est déclarée compétente précisément dans les hypothèses que nous indiquons [2]. M. Laferrière d'ailleurs, dans une note, à propos de notre arrêt, fait intervenir dans la question un nouvel élément [3]. Il distingue parmi les conséquences résultant de l'usage de la voie ferrée celles qui sont inévitables et celles que l'on pourrait au besoin éviter et ce ne serait que pour les premières qu'existerait la compétence administrative. Cette distinction cadre très bien avec sa théorie générale, que nous avons exposée ci-dessus; mais nous

[1] *Oper. cit.*, p. 156.

[2] Aucoc, *Confér. sur le dr. admin.*, t. 3., n° 1515.

[3] *Oper. cit.*, p. 156, note 1.

Digitized by Google

craignons qu'il ne soit en fait fort difficile de s'entendre sur la nature contingente ou nécessaire de chaque dommage qui se produira, de là une nouvelle source de difficultés et de procès dont l'utilité nous paraît fort contestable ; et c'est surtout au point de vue pratique que nous regrettons qu'on ne s'en soit pas tenu au texte de la loi, on eût évité bien des procès de compétence.

3. Une difficulté spéciale se présente lorsque le dommage ne se révèle que postérieurement à une aliénation ; l'acquéreur peut-il alors demander une indemnité ?

La jurisprudence admet qu'en principe l'acquéreur d'une propriété ne peut demander d'indemnité pour un dommage antérieur à son acquisition, à moins qu'il n'ait été subrogé par le vendeur dans ses droits. La solution n'est acceptable qu'avec réserve. Elle se fonde en effet sur la présomption que l'acquéreur n'a payé que la valeur réelle de la chose au moment de son acquisition et qu'on a tenu compte, dans la fixation du prix, de la détérioration produite par le dommage ; l'acquéreur ne peut donc demander une indemnité pour un préjudice qu'il n'a pas subi. L'équité, d'ailleurs, n'a pas à souffrir, puisque la véritable victime du dommage, le vendeur, peut réclamer l'indemnité.

Ce raisonnement est en un certain sens fondé. Il nous semble cependant que lorsque, après une vente, le vendeur reste tranquille, tandis que l'acquéreur réclame, il n'est pas déraisonnable de supposer que ce sont les parties elles-mêmes qui se sont distribué les rôles et que l'acquéreur n'agit qu'avec l'autorisation au moins tacite du vendeur. Il n'y a pas eu, à la vérité, dans le contrat, une clause explicite de subrogation ; mais le contrat n'a rien de solennel et les clauses implicites y sont parfaitement valables. Il nous paraîtrait donc juridique de décider que la question de savoir si l'acquéreur a le droit de demander une indemnité pour un dommage antérieur à son acquisition est une question de fait dont la solution dépend des circonstances, que cependant, lorsque le vendeur n'agit point, la présomption doit être en faveur de l'acquéreur, car pour repousser son action il faudrait supposer une renonciation du vendeur, et les renonciations ne se présument pas.

Notre solution serait moins utile pour les intérêts du Trésor

Digitized by Google

que celle qui a prévalu; c'est un inconvénient dont il ne faut pas exagérer l'importance; mais il existe et nous le signalons.

Le système de la jurisprudence suppose que le dommage est connu au moment de l'acquisition, sans cela comment à ce moment pourrait-on en tenir compte? S'il ne se montre qu'après, la logique et l'équité exigeraient qu'on admît sans difficulté la réclamation de l'acquéreur, puisqu'il est alors victime du dommage et qu'il n'a pas pu se faire céder une action en indemnité qui n'existait pas, cette action ne prenant naissance que lorsque le dommage est certain. L'arrêt du Conseil d'État du 9 mars 1888 [1] rejette cependant dans ces circonstances la demande d'un acquéreur. Cet arrêt n'est pas très précis et il pourrait peut-être s'expliquer d'une autre manière. Voici les faits :

Le sieur Mayrargues avait acheté une propriété située le long d'une voie ferrée; depuis son acquisition la Compagnie qui exploitait la ligne n'avait en rien modifié les conditions d'établissement de la voie ; mais elle avait organisé des trains plus rapides que ceux qui circulaient avant la mutation de propriété. L'acquéreur prétendait que la circulation des nouveaux trains rapides, qui exigeaient des machines plus pesantes, amenait une trépidation bien plus considérable du sol, et que la construction qu'il avait achetée subissait de ce chef un dommage dont la réparation lui était due. Il faisait remarquer que dans un arrêt du 7 août 1883 [2] le Conseil d'État avait admis une demande analogue en se fondant sur le principe que le droit à l'indemnité ne peut naître que du jour où nait le préjudice. Le commissaire du gouvernement a proposé d'écarter *a priori* la réclamation sans avoir à rechercher si elle était ou non fondée en fait; et à cet effet il construisait ce dilemme : ou le dommage est le résultat de la construction de la voie et alors, comme il est antérieur à l'acquisition, il faudrait à l'acquéreur, pour pouvoir être écouté, une subrogation aux droits de son vendeur; ou le dommage résulte d'une aggravation produite par une modification dans la circulation des trains, mais alors il se rattache à des faits d'exploitation

[1] *Recueil des arrêts du Cons. d'Et.*, 1888, p. 251.
[2] Dall. 85. 3. 63.

Digitized by Google

et l'autorité judiciaire est seule compétente. Dans les deux cas le Conseil doit rejeter la demande.

C'est bien ce qu'a fait le Conseil d'État, mais sans s'expliquer. A-t-il voulu appliquer seulement le principe que toute réclamation pour un fait antérieur à l'acquisition doit être rejetée même si le dommage n'est connu que postérieurement; c'est possible. Nous protestons alors au nom de l'équité et de la logique et même au nom des précédents puisque nous pouvons en invoquer au moins un, celui de l'arrêt de 1883.

Il se pourrait aussi que le Conseil d'État se fût laissé séduire par le dilemme du commissaire du gouvernement et que dans sa pensée l'accès de la juridiction judiciaire restât ouvert au réclamant. Cette explication ne vaudrait d'ailleurs pas mieux que la précédente. Le prétendu dilemme est faux dans les deux branches. La première proposition est incomplète puisqu'elle ne prévoit pas le cas, qui précisément est le nôtre, où un dommage n'est connu que longtemps après sa cause. La deuxième proposition est plus étrange encore; elle considère la trépidation produite par le passage des trains comme un dommage dont la connaissance appartiendrait aux tribunaux judiciaires! C'est la négation de la jurisprudence dont nous parlions ci-dessus en discutant la question précédente et la distinction entre l'ouvrage et le travail public. Nous ferons même remarquer que lorsque M. Laferrière veut citer un de ces dommages résultant de l'exploitation qui appartiennent à la juridiction administrative, c'est précisément le dommage produit par la trépidation des trains qui vient au bout de sa plume[1]. A quelque point de vue que nous nous placions, il nous est donc impossible d'approuver l'arrêt que nous venons d'analyser.

4. *a*) La compétence du conseil de préfecture pour les dommages résultant de l'occupation temporaire d'un terrain n'existe que si cette occupation a été régulièrement autorisée; dès que l'occupation devient irrégulière, l'autorité judiciaire est seule compétente. L'irrégularité peut provenir du fait que l'occupant dépasse les termes de l'arrêté d'autorisation. Nous trouvons une application de cette règle dans un arrêt du Conseil d'État du

[1] Laferrière, *Juridiction admin.*, t. 2, p. 156.

Digitized by Google

18 février 1887[1]. Des arrêtés du préfet du Tarn, pris à des époques diverses, avaient autorisé la Compagnie des chemins de fer du Midi à occuper temporairement des terrains, appartenant au sieur Latour-Dejean, pour en extraire du ballast en vue de la construction des lignes de Castelnaudary à Castres et de Castres à Mazamet; la Compagnie profita de l'autorisation; puis les lignes ci-dessus terminées, elle continua à faire passer ses wagons sur les terrains du sieur Dejean pour charrier du ballast en vue de la nouvelle ligne de Mazamet à Bédarieux. Le propriétaire réclama : l'occupation autorisée a pris fin, puisque les lignes en vue desquelles elle avait été permise sont terminées, il y a donc lieu de restituer les terrains à leur propriétaire et de liquider l'indemnité qui lui est due. Le Conseil d'État admet la demande, mais il renvoie devant l'autorité judiciaire pour la liquidation de l'indemnité due à raison de l'occupation postérieure à la complète exécution des lignes visées par les arrêtés d'autorisation, car cette occupation était irrégulière. C'est l'application rigoureuse de la règle de compétence que nous indiquions plus haut; nous aurions compris que dans notre espèce on fit fléchir la rigueur des principes; il n'y a eu en fait qu'une seule occupation, pourquoi n'y aurait-il pas aussi unité de liquidation? L'occupation irrégulière n'a été qu'un accessoire qui doit suivre le sort du principal. Observons qu'en pratique la solution du Conseil d'État présente de grands inconvénients. Pour calculer l'indemnité due au propriétaire on se sert en effet du procès-verbal d'expertise qui a été dressé avant l'occupation, et il n'y a qu'à comparer l'état actuel du terrain avec l'état indiqué dans ce procès-verbal pour connaître l'étendue des dommages et de la détérioration. Mais avec le système du Conseil d'État l'opération devient plus compliquée, puisqu'il faudra, devant le tribunal administratif comme devant le tribunal judiciaire, faire intervenir un troisième terme de comparaison, qui sera l'état du terrain au moment où l'occupation cesse d'être régulière. Pour connaître cet état il n'y aura aucun procès-verbal et l'on ne pourra que recourir à des présomptions; n'est-il pas à craindre dès lors que les deux autorités qui auront à résoudre séparément la question ne se placent, pour le

[1] *Recueil des arrêts du Cons. d'Et.*, 1887, p. 161.

Digitized by Google

faire, à des points de vue différents de sorte que tantôt l'intérêt privé sera sacrifié, tantôt au contraire il recevra des indemnités exagérées? Nous préférerions nous en tenir au seul système qui soit pratique et qui consiste à donner à l'autorité administrative la solution de tout le litige.

b) Si la régularité de l'occupation est contestée, l'autorité judiciaire est incompétente en principe pour statuer sur l'incident, elle doit renvoyer devant la juridiction administrative. Quelques-uns admettent une restriction : si la contestation n'était pas sérieuse, le tribunal judiciaire pourrait passer outre et juger immédiatement le fond, car il ne suffit pas à une partie d'émettre une prétention quelconque pour obliger la justice à en tenir compte. Le Tribunal des conflits a rejeté cette restriction dans l'arrêt du 7 juillet 1888 [1].

La ville de Lorient avait obtenu du préfet du Morbihan un arrêté l'autorisant à pénétrer dans les propriétés privées pour faire des études relativement à un projet de dérivation des eaux d'une source. Un des propriétaires, dont le terrain avait été occupé en vertu de cette autorisation, prétendit que, sous prétexte de faire des études, la commune construisait un aqueduc définitif, et il s'adressa au juge des référés pour obtenir la suspension des travaux. Le juge ordonna une expertise pour s'éclairer sur la nature des actes accomplis par la ville. Celle-ci fit appel et soumit à la Cour une exception d'incompétence qui fut rejetée. C'est alors que le préfet prit l'arrêté de conflit que le Tribunal des conflits a confirmé.

Le Tribunal se borne à dire que le propriétaire et la ville contestant le sens et l'étendue de l'autorisation préfectorale, leur désaccord suffisait pour rendre l'autorité judiciaire incompétente. On a critiqué cette solution en disant que la difficulté ne portait pas le moins du monde sur l'interprétation de l'arrêté d'autorisation qui ne parlait que d'opérations d'études à faire par la ville et ne contenait aucune mention spéciale pouvant donner lieu à controverse. Le litige ne portait que sur la nature des travaux effectués. Ce sont des travaux définitifs, prétendait le demandeur, donc ils sont irréguliers et appartiennent à la juridiction judiciaire. Non,

[1] *Recueil des arrêts du Cons. d'Et.*, 1888, p. 645.

Digitized by Google

répondait la ville, ce sont de simples études dont les conséquences doivent être appréciées par le conseil de préfecture. C'était une situation de fait à vérifier et cette vérification ne pouvait être faite qu'avec l'aide d'experts. Le juge des référés avait donc eu raison d'en nommer; et ce n'est qu'après le dépôt de leur rapport qu'il aurait pu avoir une idée nette de la situation et voir si vraiment il y avait doute sur le point de savoir si la ville avait ou non outrepassé l'autorisation qui lui avait été donnée.

Nous ne partageons pas cette manière de voir et nous croyons avec le Tribunal des conflits qu'il suffisait que les deux parties fussent en désaccord sur l'étendue et la portée de l'autorisation préfectorale pour que l'autorité judiciaire devînt incompétente. Il nous paraît indifférent que le désaccord porte sur un point de droit ou sur un point de fait, car les principes de la matière ne distinguent pas ces deux catégories de difficultés pour les soumettre à une compétence différente. Observez d'ailleurs qu'on ne discutait pas sur l'existence des travaux, mais sur la nature juridique qu'ils revêtaient; c'était donc au fond une question de droit. On reconnaît que le juge des référés eût dû se déclarer incompétent après l'expertise, si le caractère provisoire ou définitif des travaux lui eût paru incertain; mais n'est-ce pas avouer qu'il était incompétent pour faire cesser cette incertitude? Alors pourquoi une expertise? La ville affirme le caractère provisoire de ce qu'elle a fait, le demandeur nie; donc il y a incertitude. L'affirmation de la ville peut, à la vérité, n'être qu'un moyen de procédure et n'être pas sérieuse au fond; nous convenons que cet abus est possible. Mais comme nous ne connaissons aucun critérium qui permette de distinguer nettement les contestations sérieuses de celles qui ne le sont pas, si on permet à un tribunal de ne pas tenir compte des contestations que l'on soulève devant lui sous prétexte qu'elles ne sont pas sérieuses, nous craignons qu'on n'entre dans une voie dangereuse où il sera facile aux fantaisies individuelles de se donner libre carrière et qui aboutira inévitablement à de nombreux abus.

c) Le droit d'autoriser l'occupation temporaire d'un terrain ne doit pas être pour l'administration un moyen détourné d'arriver à l'expropriation en se soustrayant aux formalités protec-

Digitized by Google

trices de l'intérêt privé; aussi le Conseil d'État annule-t-il avec raison les arrêtés qui sous prétexte d'occupation temporaire aboutissent en réalité à une dépossession définitive. Et la dépossession est considérée comme définitive dès que l'autorisation d'occupation temporaire ne fixe à cette occupation aucune durée soit implicitement, soit explicitement. La fixation de la durée peut en effet résulter de la nature même du travail en vue duquel l'autorisation a été donnée; si ce travail est indéfini, l'arrêté doit imposer un terme à l'occupation, sinon il est nul.

Le préfet de la Manche avait autorisé la commune de Saint-Amand à faire des fouilles dans un terrain pour en extraire les matériaux nécessaires à l'entretien des chemins vicinaux, il n'indiquait aucun terme pour cette occupation, aussi cet arrêté a-t-il été annulé par arrêt du 15 mars 1889[1]. Le propriétaire réclamait en outre une indemnité pour le dommage que lui avait causé la commune qui avait déjà commencé à user de l'autorisation. La demande a été rejetée parce qu'elle n'avait pas été formée en première instance, et comme c'est une demande nouvelle elle ne pouvait être produite pour la première fois en cause d'appel. Ce motif laisse supposer que la demande eût été recevable en première instance; puisque l'occupation était irrégulière il semble cependant que l'autorité judiciaire seule aurait pu être saisie; et nous avons vu ci-dessus combien le Conseil d'État est parfois rigoureux dans l'application de cette règle.

d). Si le terrain qui a été l'objet d'une occupation temporaire régulière est ensuite exproprié, à quelle autorité appartiendra-t-il de statuer sur l'indemnité due pour les dommages survenus pendant l'occupation?

L'application logique des principes exigerait qu'on donnât compétence au conseil de préfecture; autre chose est l'occupation, autre chose l'expropriation, et l'autorité judiciaire n'a qualité pour intervenir que dans cette dernière opération[2]. Le Conseil d'État dans un arrêt du 6 juillet 1888[3] a cependant adopté la solution contraire. La Compagnie Paris-Lyon-Méditerranée

[1] *Revue génér. d'admin.*, avril 1889, p. 444.
[2] Laferrière, *Juridiction admin.*, t. 2, p. 170.
[3] *Recueil des arrêts du Cons. d'Et.*, 1888, p. 639.

Digitized by Google

avait été régulièrement autorisée à occuper certains terrains pour l'établissement du chemin de fer d'Alais au Pouzin ; les travaux qu'elle exécuta interceptèrent une source qui naissait dans les terrains qu'elle occupait ; plus tard elle acquit ces terrains par expropriation ; leur propriétaire, après avoir encaissé l'indemnité d'expropriation, demanda, pour la privation de la source, une indemnité spéciale au Conseil de préfecture du Gard. Ce tribunal instruisit la demande et, statuant au fond, la rejeta par des motifs de fait ; le requérant fit appel et c'est sur cet appel que le Conseil d'État lui opposa une fin de non recevoir tirée de l'incompétence de la juridiction administrative, car « au moment de l'expropriation le dommage s'était produit et pouvait être apprécié, c'était donc devant le jury qu'il fallait réclamer l'indemnité. »

Le motif n'est pas très concluant. Le jury n'est compétent que pour liquider les dommages provenant de l'expropriation ; et le fait qu'un dommage existe et peut être apprécié au moment où le jury est réuni ne suffit pas pour qu'il puisse être considéré comme résultant de l'expropriation, s'il lui est en réalité complétement étranger. Nous comprenons cependant en pratique la solution du Conseil d'État. Le système contraire obligerait l'exproprié à s'adresser à deux juridictions différentes pour obtenir la réparation complète du préjudice qu'il subit et l'on ne voit guère l'utilité de cette prodigalité de procédures. Il serait en outre fort difficile parfois de dire d'une manière précise où s'arrête la compétence administrative et où commence la compétence judiciaire, de telle sorte que l'exproprié courrait le risque d'obtenir dans certains cas une double indemnité pour le même dommage et dans d'autres cas de ne rien avoir du tout. C'est une situation analogue à celle que nous examinions plus haut à propos de l'arrêt du 18 février 1887[1]. Le Conseil d'État dans les deux cas ne paraît pas avoir suivi la même voie ; dans le premier il applique rigoureusement les principes théoriques, dans le deuxième il attache plus d'importance aux considérations d'utilité pratique.

L'arrêt d'incompétence terminait brusquement l'affaire et ne

[1] Voir ci-dessus, p. 190.

Digitized by Google

laissait plus de question à résoudre. La réclamation en soulevait une qui se présentait dans notre espèce sous une forme nouvelle.

On sait que les art. 552 et 641 Civ. permettent aux propriétaires de faire des fouilles sur leurs terrains et les déchargent de toute responsabilité pour les dommages qu'ils pourraient causer à leurs voisins notamment en détournant les eaux souterraines qui alimentaient des sources ou des puits. Si l'on appliquait ces dispositions à la matière des travaux publics, il en résulterait que l'administration ne serait pas responsable des conséquences résultant des travaux qu'elle exécuterait sur les terrains expropriés, puisqu'elle serait propriétaire de ces terrains. Mais la jurisprudence a apporté quelques tempéraments à cette solution. Elle fait observer que le Code civil se préoccupe exclusivement des rapports entre particuliers; les intéressés sont alors tous dans une situation égale, les travaux qu'ils peuvent faire les uns et les autres sont de même nature, et en les déchargeant de toute responsabilité la loi n'introduit entre eux aucune inégalité. Tout change lorsqu'un des voisins est l'administration publique, elle dispose de moyens d'action plus puissants que ceux que peuvent employer les simples particuliers, elle peut notamment se servir de l'expropriation pour cause d'utilité publique, les travaux qu'elle exécute sont aussi plus importants et modifient bien autrement les terrains que ne le font les ouvrages des particuliers; appliquer dans ce cas le Code civil, ce serait mettre ceux-ci sur un pied d'infériorité vis-à-vis de leur puissante voisine, ce serait donc en réalité violer l'esprit de la loi civile qui veut surtout maintenir l'égalité. Après quelques hésitations, la jurisprudence du Conseil d'État paraît s'affermir dans cette voie qui consiste à distinguer, parmi les travaux de l'administration, ceux qui peuvent être considérés comme des travaux ordinaires tels qu'en peuvent faire tous les propriétaires, par exemple de simples tranchées, et les travaux extraordinaires comme la construction d'un tunnel. Aux premières on appliquera les règles du droit civil; pour les seconds on déclarera l'administration responsable.

Mais ces solutions ne doivent-elles pas être modifiées lorsque l'administration a causé le dommage pendant une occupation

Digitized by Google

temporaire antérieure à l'expropriation? Elle n'était pas alors propriétaire, elle ne peut donc jamais invoquer les art. 552 et 641 Civ. On soutenait dans notre espèce, au nom de l'administration, que l'expropriation devait avoir un caractère rétroactif, qu'elle devait être considérée comme régularisant et ratifiant la dépossession qui résultait déjà de l'autorisation d'occupation. Ce système nous paraît peu juridique : nous ne connaissons aucun texte qui permette d'attribuer à l'expropriation, à aucun point de vue, des effets rétroactifs. Cette rétroactivité est certainement contraire à l'esprit de la loi qui a voulu donner une garantie efficace à la propriété privée en ne permettant la prise de possession par l'administration qu'après le paiement préalable de l'indemnité (art. 53 loi du 3 mai 1841); or avec le système ci-dessus l'administration pourrait facilement se soustraire à l'application de l'art. 53 en exécutant ses travaux avec une simple autorisation d'occupation temporaire, elle ne demanderait l'expropriation que lorsqu'elle serait en état de payer. Juridiquement, d'ailleurs, il est impossible d'admettre qu'un arrêté d'occupation temporaire puisse opérer une dépossession même provisoire. Nous croyons donc qu'il faut dire que les actes qui ont eu lieu pendant le cours de l'occupation temporaire restent soumis aux règles de cette matière, quoiqu'il y ait eu expropriation postérieure; donc pour tout dommage causé une indemnité est due. Ajoutons que le paiement de cette indemnité peut avoir une influence sur la liquidation de l'expropriation. Dans notre espèce, par exemple, le réclamant qui aura obtenu une indemnité pour le tarissement de la source ne pourra plus devant le jury demander qu'on tienne compte de cette source pour fixer la valeur de sa terre. Ce n'est pas seulement en matière répressive qu'il y a lieu d'appliquer le vieil adage : *non bis in idem.*

e) L'art. 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII ne donne compétence aux conseils de préfecture pour liquider les dommages résultant d'une occupation temporaire régulière qu'autant que cette occupation a lieu en vue de l'exécution d'un travail public. Quelle sera donc l'autorité compétente pour les occupations qui ne présentent pas ce caractère? C'est par exemple l'administration militaire qui pendant quelques mois établit un camp pour un

Digitized by Google

corps de troupes sur une propriété privée; devant quel tribunal le propriétaire devra-t-il se pourvoir pour obtenir une indemnité?

Un arrêt du Conseil d'État du 3 août 1888 décide que la juridiction administrative est incompétente, car l'occupation des terrains résulte d'un quasi-contrat dont la connaissance appartient à l'autorité judiciaire[1].

Cet arrêt paraît attacher à l'expression de quasi-contrat la valeur d'un argument; il faudrait alors justifier l'exactitude de cette qualification. Nous ne voyons pas d'ailleurs comment l'emploi d'un mot plutôt que d'un autre peut servir à résoudre la question; la compétence est déterminée par la situation elle-même et non par la dénomination qu'il plaira de lui appliquer.

C'est le principe de la séparation des pouvoirs qui est ici en jeu. On sait que par application de ce principe il faut distinguer parmi les actes de l'administration deux grandes catégories: les actes de gestion qui appartiennent au contentieux judiciaire et les actes de puissance publique qui rentrent dans la compétence administrative. Dans notre espèce le caractère de l'acte de l'administration ne nous semble guère douteux. L'installation d'un campement pour un corps de troupes n'est pas, bien évidemment, un acte de gestion des biens de l'État; c'est un acte de puissance publique au premier chef, donc il appartient au contentieux administratif.

Serions-nous dans un cas exceptionnel prévu par les textes? M. Sanlaville a l'air de l'admettre; dans une étude intéressante sur l'*occupation définitive des propriétés privées par le fait de l'administration* il applique à notre hypothèse l'art. 26 de la loi du 3 juillet 1877 sur les réquisitions militaires, qu'il considère comme régissant toutes les occupations ou locations forcées d'immeubles[2], mais ce système a été repoussé par le Conseil d'État dans un arrêt du 25 juillet 1884[3]. Cet article édicte en effet une règle exceptionnelle de compétence qui ne comprend que les réquisitions régulières de l'autorité militaire telles qu'elles sont

[1] Dall. 89. 3. 115.

[2] *Revue génér. d'admin.*, mars 1889, p. 291.

[3] Dall. 86. 3. 5.

Digitized by Google

énumérées dans la loi; et notre espèce n'est pas comprise dans cette énumération.

On voudra peut-être en faveur de l'autorité judiciaire argumenter de ce qu'elle est, sans contestation, reconnue compétente pour les occupations irrégulières en matière de travaux publics. Il est vrai, mais c'est parce que ces occupations sont de véritables actes de gestion; cela ne peut donc avoir aucune influence dans notre espèce.

Nous faisons observer en terminant qu'il s'agit en définitive dans notre affaire de juger une question de responsabilité de l'État à la suite d'un fait commis par un de ses agents, et qu'on admet que ces sortes de questions appartiennent au contentieux administratif; il y a sur ce point une jurisprudence constante et qu'on ne discute plus[1].

Si nous concluons en faveur de la juridiction administrative, il reste à déterminer le tribunal compétent. En l'absence de texte il faut donner l'affaire au tribunal ordinaire en matière administrative. On sait qu'une controverse existe pour déterminer quel est ce tribunal. Nous avons déjà discuté la question dans cette revue[2]; nous n'avons donc pas à y revenir.

5. Dans quelle mesure l'Etat est-il responsable du fait des entrepreneurs? La question devient intéressante surtout lorsque ces entrepreneurs sont insolvables. La victime du dommage peut-elle alors recourir contre l'État?

On parait généralement admettre que l'art. 1384 Civ. ne s'applique pas aux rapports entre l'État et ses agents ou entrepreneurs; M. Laferrière produit à l'appui de cette solution deux arguments[3]: 1° un argument de texte; les art. 1382 et suiv. ne parlent que de la responsabilité de l'homme, c'est-à-dire des particuliers: si les rédacteurs du Code civil avaient voulu soumettre l'Etat à ces articles, ils auraient certainement employé d'autres expressions. — 2° L'Etat, être impersonnel, n'est pas vis-à-vis de ses fonctionnaires et employés dans la même situation qu'un patron vis-à-vis de ses commis ou qu'un maître vis-à-vis de ses

[1] Laferrière, *Juridict. admin.*, t. 1, p. 625.
[2] *Revue Crit.*, tome 15, p. 261.
[3] *Juridict. admin.*, t. 1, p. 622.

Digitized by Google

employés, le patron et le maître connaissent ou tout au moins peuvent connaître leurs préposés, on peut donc sans injustice les déclarer responsables des actes d'auxiliaires qu'ils ont choisis en connaissance de cause. Rien de pareil pour l'Etat.

Faut-il donc conclure que l'État est irresponsable? Non; car on admet que le principe de justice dont la loi civile s'est inspirée pour régler les rapports de la victime du dommage avec le maître de l'auteur dudit dommage doit inspirer à son tour la jurisprudence quand elle s'occupe de régler les rapports de l'Etat avec les tiers qui ont souffert des actes de ses fonctionnaires. Et l'on arrive ainsi à renverser le système qu'on avait édifié. En somme donc, si la jurisprudence n'applique pas à l'État les art. 1382 et suiv. dans leur forme textuelle, elle lui applique le principe de justice et d'équité qu'ils contiennent. Et cette application est faite dans un esprit très large.

Au cours de la construction de la voie ferrée de Roanne à Châlons, des coups de mine tirés sans aucune précaution avaient occasionné des dommages à une propriété privée. L'entrepreneur, poursuivi par le propriétaire, tomba en faillite; celui-ci se retourna alors contre l'État. Le ministre des travaux publics, se référant à un avis du conseil général des ponts et chaussées, soutenait que les entrepreneurs ayant le choix des moyens à employer pour exécuter les travaux qui leur avaient été adjugés, l'État ne pouvait être responsable de leurs actes qu'il ne pouvait ni empêcher ni diriger. Le Conseil d'État n'a pas admis ce point de vue et constatant qu'en fait il y avait eu absence de toute précaution de la part de l'entrepreneur et de toute surveillance de la part des agents de l'État, il a admis la responsabilité de celui-ci (arrêt du 9 novembre 1888) [1]. Ces questions de responsabilité, par la force des choses, deviennent des questions de fait.

BRÉMOND.

[1] Dall. 89. 3. 126.

Digitized by Google

EXAMEN CRITIQUE DU PROJET DE RÉFORME DE LA SÉPARATION DE CORPS ADOPTÉ PAR LE SÉNAT, (28 janvier 1887), (*suite* [128]).

Par M. Jules CABOUAT, professeur à la Faculté de droit de Caen.

VIII.

Les données actuelles de la jurisprudence complétées par quelques innovations législatives nous permettront de préciser la portée du principe nouveau et les limites dans lesquelles il convient de l'enfermer; de même, elles nous aideront à noter la part d'influence qu'il lui appartient d'exercer sur certaines dispositions légales concernant les rapports personnels des époux séparés.

A. Si l'on accepte cette idée générale précédemment indiquée que la séparation laisse, en principe, intacte l'autorité maritale en tant qu'elle a pour objet la direction morale de la personne, on en doit conclure que, sous ce point de vue spécial, les effets du mariage subsistent dans leur force normale. D'où quelques conséquences importantes.

Le mari restera muni de pouvoirs suffisants pour obtenir la sanction du devoir de fidélité dont aucun des époux n'est délié, bien qu'il ne soit plus sanctionné qu'à l'égard de l'un d'eux seulement; ainsi, nul doute que le mari ait qualité pour requérir une répression pénale des infractions de cet ordre imputables à la femme (art. 337, C. pén.), et même exercer le droit de surveillance dont il est investi sur la correspondance qu'elle entretient avec les tiers, mais seulement pour y chercher, à défaut d'autre preuve, le moyen d'établir l'adultère [129].

Plus généralement, devront être laissés au mari tous moyens de prévenir ou réprimer les écarts de conduite de nature à compromettre l'honneur de la femme. Dans cette catégorie est nécessairement comprise l'incapacité de recevoir à titre gratuit qui fournit au mari la précieuse ressource d'opposer son veto à toute libéralité de caractère douteux. Battue en brèche par la pratique

[128] Voir *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1889, nouvelle série, tome XVIII, p. 703 et 1890, tome XIX, p. 102.

[129] Cass. 9 février 1883, 85. 1. 137 et 15 juillet 1885, 86. 1. 102. Deux arrêts (Bruxelles, 28 avril 1875, 77. 2. 161; Nimes, 6 janvier 1880, 81. 2. 54)

Digitized by Google

des dons manuels, frappée d'inutilité par l'emploi de détours qu'il est souvent impossible de démasquer, cette prohibition doit néanmoins être maintenue comme élément essentiel de l'autorité maritale, et cela malgré sa précarité d'application effective qui après tout ne rendrait pas mieux compte de son abrogation qu'elle n'expliquerait, pour les libéralités de même forme, une exemption du rapport ou de la réduction fondée sur les difficultés qui en entravent le fonctionnement [130].

Il nous paraît aussi qu'il est de quelque intérêt de maintenir l'incapacité pour les actes même purement juridiques tels que changement de nationalité [131], louage de services [132], exercice d'une profession commerciale par lesquels la femme modifie gravement son statut personnel, engage sa personne ou du moins court le risque d'en compromettre la dignité. A plus forte raison, devra-t-elle être régulièrement autorisée pour former une société dont l'effet serait de la mettre en relations suivies avec un

ont même admis le mari à intercepter les lettres de sa femme dans l'unique but de s'éclairer sur le caractère de ses relations avec des tiers et afin d'en combattre l'effet moral; mais, ces arrêts n'ayant statué qu'entre époux non séparés, la question reste entière pour la séparation de corps, et ce serait, à notre avis, empiéter sur la part légitime d'indépendance qu'il ne peut être question de refuser à la femme séparée que de l'exposer aux rigueurs de ce régime vexatoire.

[130] Selon M. Léon Renault, Sén. Déb. Parl. 1887, p. 29, col. 3, le maintien de l'incapacité de recevoir à titre gratuit ne serait qu'une précaution surbrogatoire en présence d'une disposition du projet, suffisante, dit-il, pour donner toute satisfaction au mari : Art. 311-1° « Le jugement qui prononce « la séparation de corps ou un jugement postérieur peut interdire à la « femme de porter le nom du mari... » Nous n'osons lui faire un aussi large crédit; comme pour toute disposition de pur sentiment, on éprouve quelque embarras à lui trouver une sanction vraiment pratique; puis, cette interdiction est grosse de dangers pour les tiers dans l'hypothèse où le projet maintient l'incapacité, risquant, si elle est trop bien observée, de donner facilement le change sur l'individualité de la femme et de masquer le fait du mariage dans une législation encore impuissante à écarter ces chances d'erreur ou de confusion sur l'état des personnes. Voy. R. Petiet, Publicité en matière d'état et d'incapacité, *Rev. crit.*, 1887, p. 582.

[131] Paris, 17 juillet 1876. 76. 2. 249, Cass. 18 mars 1878. 78. 1. 193; Bruxelles, 5 août 1884. 4. 1. Conf. Labbé, *Journ. du Droit intern. privé*, 1875, p. 409 et 1877, p. 5.

[132] Glasson, *loc. cit.*, p. 887, note 1.

Digitized by Google

tiers[133] ou contracter un engagement théâtral par l'exécution duquel elle expose sa personne et ses actes aux hasards d'une publicité dont le mari doit être maître d'apprécier les dangers. En principe, c'est au mari de donner ces autorisations, sauf à tempérer ce qu'il peut y avoir d'onéreux ou d'humiliant à les solliciter par une légère amélioration de la procédure[134]. En tout cas, l'autorisation du juge devrait être admise à titre subsidiaire pour chacun de ces actes[135]; et même faudrait-il aller jusqu'à la déclarer superflue pour ceux qui ne tendent qu'à procurer des moyens d'existence, au moins dans l'hypothèse où la séparation n'a eu d'autre cause que l'abandon du mari[136].

Aussi bien, le projet ne contient-il aucune modification essentielle à l'organisation ni à l'étendue des pouvoirs du mari sur la personne; une innovation d'intérêt accessoire est seulement proposée. On reconnaîtrait à la femme séparée le droit de se constituer un domicile personnel[137]. Cette addition aux termes de l'art. 108 est-elle d'une urgence bien démontrée alors que d'après une tradition invétérée suivie par une jurisprudence bien établie, l'extinction de l'obligation d'habitation commune emporte déjà pour la femme, outre la faculté de prendre la résidence de son choix, celle de se créer un domicile légal avec les conséquences juridiques qui en peuvent résulter[138]? Réduite à ces termes, la disposition du projet n'était nullement nécessaire pour orienter la jurisprudence ou éviter un revirement improbable; en dehors de la satisfaction qu'elle donne au scrupule d'effacer toute antinomie entre les faits et la loi, elle n'aurait pu revêtir un caractère

[133] Rouen, 3 décembre 1858, 59. 2. 501.

[134] Voy. *suprà*, note 16.

[135] Grenoble, 27 janvier 1863, 63. 2. 79; Paris, 3 janvier 1868, 68. 2. 65 et la note de M. Am. Boullanger.

[136] Cass. 6 août 1878, 79. 1. 65; voy. Guillouard, *Louage*, II, n° 702, p. 223.

[137] Nouvel art. 108 du projet : « La femme séparée de corps cesse d'avoir « pour domicile légal le domicile de son mari. Néanmoins, toute significa- « tion faite à la femme devra être également adressée au mari à peine de « nullité. — Cette double signification ne sera pas nécessaire au cas où la « femme séparée aura recouvré l'exercice de sa capacité civile, excepté en « matière de questions d'état. »

[138] Bouhier, Observ. sur la cout. de Bourgogne, ch. 22, n° 201. Pothier, *Traité du mariage*, n° 502. Aubry et Rau, I, § 143, texte et note 5, p. 580.

Digitized by Google

d'utilité nettement accusée que si la commission, saisissant l'occasion de prévenir le retour de discussions relativement récentes, eût pris soin de décider expressément qu'en aucun cas le transfert de domicile à l'étranger ne servira de titre à la femme pour acquérir sans autorisation une nationalité nouvelle [139].

En outre, le texte nouveau ordonne que toute signification d'exploit concernant la femme soit cumulativement adressée aux deux époux; sur ce point encore, il se borne à confirmer purement et simplement l'état de la jurisprudence qui, tout en l'admettant à prendre un domicile distinct, exige cependant une double notification [140]. Il va de soi que cette exigence ne saurait trouver place dans un système législatif déclarant la femme capable de contracter et d'ester en justice; telle est d'ailleurs sur ce point la pensée des auteurs du projet; cette double formalité n'est en effet prescrite que pour le cas où la femme n'aurait pas recouvré l'exercice de sa capacité civile; dans l'hypothèse inverse, elle seule devrait recevoir notification des actes de procédure qui l'intéressent. Toutefois, cet état d'indépendance n'est admissible que pour les actions d'intérêt strictement pécuniaire; quant aux questions d'état et plus généralement pour celles qui mettent directement en cause la personnalité ou intéressent l'honneur de la femme, il est indispensable que le mari y soit associé et mis à même d'en surveiller la marche par une communication obligatoire des actes qu'elles rendent nécessaires [141].

B. D'autre part, le maintien pur et simple des dispositions uniquement fondées sur les liens d'affection que crée et entretient entre époux la communauté de vie, serait difficilement conciliable avec la rupture morale, cause et conséquence de la séparation de corps; c'est par application de cette idée qu'il est communément admis que l'obligation d'assistance personnelle mentionnée par l'art. 212 prend pour les conjoints séparés un objet exclusivement pécuniaire [142]; et c'est encore par ce motif qu'une jurisprudence

[139] Holtzendorff, *Journ. du Droit intern. privé*, 1876, p. 5. aff. de Bauffremont.

[140] Garsonnet, *Cours de procédure*, II, p. 151 et note 13.

[141] MM. Allou, Sén. Déb. Parl. 1887, p. 16, col. 2 et Paris, *ibid.*, p. 22, col. 3. Voy. Bressolles, *Nouv. observ.*, p. 33.

[142] Aubry et Rau, V, § 494, p. 198.

Digitized by Google

à laquelle nous ne pouvons qu'adhérer, lie à la communauté d'existence une forme spéciale de cette obligation, nous voulons parler de l'art. 506 qui défère légalement au mari la tutelle de la femme interdite [143].

Quant au droit de successibilité réciproque dont l'art. 767 investit chaque conjoint sur la succession de l'autre, on ne peut admettre que les termes absolus de ce texte permettent au juge d'en paralyser l'exercice, et le plus récent projet sur cette matière se borne à priver de toute vocation héréditaire celui des conjoints contre lequel a été prononcée la séparation [144]. Solution boiteuse, car dit M. Laurent : « La distinction entre l'époux « coupable et l'époux innocent est contraire au principe sur lequel « se fonde le droit d'hérédité du conjoint survivant... Peut-on « admettre une présomption d'affection entre époux que la haine « divise? La séparation de corps n'équivaut-elle pas au divorce, « quant aux relations intimes des conjoints [145]? » Formulée et acceptée dès 1804 par le Conseil d'État, mais abandonnée sans qu'on en puisse indiquer les raisons, cette proposition est en harmonie assez étroite avec les principes de notre droit successoral fondés sur « l'affection présumée jointe aux liens de famille » pour mériter d'y prendre place [146].

Ainsi serait éliminé l'effet de dispositions trop intimement liées à la bonne harmonie des époux pour s'accorder avec l'antagonisme de leur existence nouvelle. Mais, nous ne proposons pas d'aller au-delà de ces deux modifications du Code civil, l'une entrée dès maintenant dans le domaine des faits, l'autre réalisable seulement par l'initiative du législateur. Ainsi, quoique l'état de pleine capacité juridique dans lequel nous proposons de placer la femme séparée de corps lui impose la charge et la responsabilité de la conservation de son patrimoine; bien que les époux soient assez détachés l'un de l'autre pour qu'aucune raison de sentiment ne les arrête plus dans l'exercice des droits qu'ils

[143] Nancy, 15 mai 1868, 69. 2. 149; Poitiers, 22 avril 1869, 69. 2. 181.

[144] Voy. *suprà* le texte cité note 54 et Code civil italien, art. 757. Huc et Orsier, t. II, p. 173.

[145] Laurent, avant-projet, III, p. 336.

[146] Observations de Berlier au Conseil d'État, Locré, X, p. 100 et suiv.

Digitized by Google

peuvent mutuellement s'opposer, néanmoins, nous nous abstiendrons de les soustraire au régime de l'art. 2253 [147]. A leur égard, l'utilité de cette décision légale n'a pas fléchi, et les motifs qui l'expliquent sont plutôt accrus que diminués de valeur; la raison de cette suspension de prescription réside avant tout dans la nécessité de mettre la paix du ménage à l'abri du trouble qui l'agiterait ou menacerait de la détruire, si chaque époux était placé dans la nécessité inéluctable d'exercer ses droits sous peine d'en subir l'extinction [148]. Or, après la séparation de corps, cette raison d'ordre moral n'a rien perdu de sa force; et, si l'irritation des conjoints ne les prédispose que trop à soupçonner des intentions malveillantes et à joindre de nouveaux griefs aux anciens, ce serait diminuer les chances d'apaisement que de susciter de nouvelles causes de procès.

Moralement étrangers l'un à l'autre, probablement hostiles, mais cependant égaux en capacité juridique, les époux peuvent-ils, sans inconvénient, être assujettis l'un envers l'autre aux seules règles du droit commun? Posée sous une forme concrète, la question peut se décomposer ainsi : les époux seront-ils désormais capables de contracter ensemble, sans rencontrer aucune des restrictions limitant leur activité juridique pendant la communauté de vie, (1096, 1595. C. c.)? La femme conservera-t-elle le bénéfice des garanties protectrices dont on a cru devoir protéger sa faiblesse contre la toute-puissance du mari?

Sur chacune des branches de cette question complexe, l'hésitation est possible. Peut-être ne serait-il pas absolument contradictoire, même après avoir reconnu la femme pleinement capable de contracter avec les tiers, de songer encore à la protéger contre l'ascendant possible du mari; mais, ce soin ne pourrait être confié qu'à l'autorité judiciaire, et de quelle utilité serait cette complication alors que le mari, n'ayant plus à refuser ou à faire désirer son autorisation, est ainsi privé de son plus efficace moyen d'action pour obtenir des libéralités plus ou moins volontaires ou faire tourner à son avantage les rares conventions qui

[147] Aubry et Rau, II, § 214, note 19, p. 339 et V, § 494, p. 209; Paris, 26 juillet 1862, 62. 2. 513.

[148] Laurent, avant-projet, VI, p. 255.

Digitized by Google

pourraient suivre l'exécution des clauses du contrat de mariage et la séparation absolue des intérêts; et, quand elles n'auraient d'autre objet que de consommer une fraude, toujours est-il qu'il sera plus facile aux créanciers d'établir cette collusion qu'aux tribunaux de la prévenir par une homologation rarement donnée ou refusée en parfaite connaissance de cause.

Quant aux dispositions dont l'objet est de garantir la femme contre tout abus d'autorité du mari, déjà bien diminuées de nombre par la séparation de biens, la plupart dépendant des divers régimes matrimoniaux, leur disparition totale ne serait-elle pas le corollaire logique d'un retour de la femme au libre exercice de ses droits?

Indépendamment de toute abrogation législative, tel serait le sort de cette obligation de garantie d'emploi ou de remploi qu'impose au mari l'art. 1450. Virtuellement, l'indépendance de la femme exclurait l'une ou l'autre de ses conditions d'exigibilité (autorisation ou concours à l'acte d'aliénation) et la stériliserait ainsi dans ses conséquences pratiques [149].

Quant à l'hypothèque qui est comme le corps de place des sûretés de la femme, la séparation devrait, à notre avis, en entraîner l'extinction au moins dans la mesure où la sauvegarde des droits acquis n'en commande pas impérieusement le maintien; et encore l'existence que nous lui conserverions pour cette raison supérieure, devrait-elle être entourée de conditions nouvelles vraiment conformes à la sécurité du crédit si gravement ébranlée par la tolérance de clandestinité de l'art. 2135.

Cette formule conduirait à modifier sur deux points les errements établis. Maintenant, il est reconnu que l'absence de droits nés et actuels ne compromet en rien l'existence de cette sûreté, à tel point que la liquidation des conventions matrimoniales peut être consommée par le paiement intégral des reprises ou n'avoir établi l'existence d'aucune obligation à la charge du mari et l'hypothèque conserver tous ses effets, ne perdre aucun de ses caractères généraux [150]. C'est que dépouillée de toute utilité immédiate

[149] Laurent, *ibid.*, II, p. 89.

[150] Ainsi, non seulement la femme ne saurait renoncer d'une façon générale au bénéfice de son hypothèque (art. 2140), mais elle serait recevable à en requérir une inscription immédiate, ne fût-ce que pour se prémunir par

Digitized by Google

et apparente, l'hypothèque est, dans le système du Code civil, éventuellement susceptible d'acquérir dans l'avenir une valeur considérable. La femme restant placée sans allégement d'aucune sorte sous la dépendance du mari, il est simplement prudent de prévoir que celui-ci pourra tenter d'user de son influence soit pour la décider à s'engager dans son intérêt ou lui abandonner la gestion de ses biens, soit pour accroître démesurément son rôle dans certains actes déterminés (art. 1450). Ceci explique que l'extinction de toute dette antérieure à la séparation de corps et la libération actuelle du mari n'enlèvent à l'hypothèque que quelques-unes seulement, mais non toutes ses raisons d'exister; car, si les dangers de la subordination de la femme doivent plutôt grandir que diminuer, rien de plus naturel que de chercher à les contrebalancer par l'effet d'une sûreté exceptionnelle [151]. Doctrine non moins adéquate à la lettre de l'art. 2121 qu'à l'esprit général de notre législation, mais qu'il faudrait écarter comme incompatible avec la pleine capacité dont nous voudrions doter la femme. L'un des effets les plus saillants de cette réforme serait, nous l'avons observé déjà, de placer les deux époux dans des conditions d'égalité sincère donnant l'entière assurance que dans les hypothèses rares d'ailleurs où la femme est devenue créancière du mari, celle-ci n'a consenti à prendre cette qualité que par un acte de volonté personnelle et indépendante. Qu'on lui laisse donc le soin de se ménager, si elle le croit nécessaire, la protection de sûretés conventionnelles; il serait tout aussi choquant de lui faire une situation privilégiée que d'apporter aucune restriction à la liberté des contrats entre époux séparés.

Détruite pour la durée de la séparation de corps, l'hypothèque pourra revivre par l'effet d'une réconciliation rétablissant les conventions matrimoniales dans leur état originaire ou même replaçant seulement la femme sous l'empire des dispositions de l'art. 1449, mais uniquement pour l'avenir et sous réserve expresse des droits acquis aux tiers du chef du mari. En consé-

anticipation contre certaines déchéances (2193 et suiv.; art. 8, 23 mars 1855). Lyon-Caen sous Cass. 20 mai 1878, 79. 1. 49; sur ce dernier point, *contra* Bordeaux, 22 juillet 1869, 70. 2. 80.

[151] Demolombe, t. IV, p. 589; Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter* et note 6, p. 217

Digitized by Google

quence, les effets de cette hypothèque ne sauraient rétroagir, même pour les créances nées depuis la reprise de la vie commune dont l'art. 2135 fixe le rang au jour de la célébration du mariage, au delà de la date de la réconciliation constatée suivant les formalités prescrites par l'art. 1451 dont le projet reproduit la disposition. La femme ne recouvrera donc qu'une hypothèque nouvelle frappant les immeubles du mari dans l'état où ils se trouvent au moment où prend fin la séparation de corps, de même que le mari devra s'incliner devant la régularité des actes passés par la femme dans l'exercice de sa capacité [152]. On peut convenir que l'effet de cette réserve, nécessaire à la sûreté des transactions, sera de mettre parfois obstacle à quelques rapprochements, mais ceux qui n'auront échoué que par des considérations purement pécuniaires mériteraient-ils le moindre regret.

L'hypothèque, avons-nous dit, subsistera pour autant qu'il est nécessaire d'assurer l'exécution ultérieure des droits existant à l'époque du jugement de séparation. Mais, sans nous arrêter à cette objection spécieuse qu'il peut être incohérent de préserver les conjoints des atteintes de la prescription (2253, 2256-2°) et d'exposer l'hypothèque de la femme à l'éventualité d'une déchéance pour défaut d'inscription, nous demandons qu'elle soit désormais astreinte au régime de la publicité [153]. Exclusivement fondé sur une présomption de dépendance ou prétendue impossibilité d'agir de la personne à qui incombe le soin de requérir inscription, le privilège de clandestinité cesserait de répondre aux raisons qui l'ont fait établir à l'égard de la femme séparée devenue indépendante et moralement capable de veiller à la conser-

[152] Nouvel art. 311-5° du projet « S'il y a cessation de séparation de « corps par la réconciliation des époux, dans le cas prévu par l'alinéa pré- « cédent, la capacité de la femme est modifiée pour l'avenir et régie par les « dispositions de l'art. 1449. Cette modification n'est opposable aux tiers « que si la reprise de la vie commune a été constatée par acte passé devant « notaire, avec minute, dont une expédition devra être affichée dans la « forme indiquée par l'art. 1445. »

[153] A la différence de l'exercice d'une action judiciaire, une simple formalité de publicité, à l'accomplissement de laquelle les tiers ont d'ailleurs un intérêt capital, peut se réaliser sans entraîner débat ni froissement d'aucune sorte entre les époux.

Digitized by Google

vation de ses droits; dans cette situation, il n'y a que des raisons décisives et aucune objection pour la contraindre à partager la condition de la veuve à qui l'art. 8 de la loi du 23 mars 1855 impose déjà l'obligation rigoureuse de publier son hypothèque dans le délai d'une année. Cette innovation ne serait qu'un retour à la sage disposition de l'édit de 1673 [154]; elle donnerait satisfaction aux propositions ayant le même objet formulées par quelques-uns des corps consultés dans l'enquête de 1843 sur le régime hypothécaire [155] et depuis appuyées par un savant auteur [156].

Donc, indépendance de la femme pour ce qui est d'intérêt exclusivement pécuniaire et maintien de la puissance maritale quant au gouvernement de la personne elle-même, telles sont les deux idées capitales qui nous paraissent devoir guider le législateur dans une refonte du régime de la séparation de corps. L'objet de cette étude était de rechercher le mode précis de leur combinaison et de mettre dans tout son jour leur caractère d'opportunité législative [157].

JULES CABOUAT.

[154] Édit de mars 1673 portant établissement de greffes pour l'enregistrement des oppositions des créanciers hypothécaires, art. 63. Isambert, t. XIX, p. 124.

[155] Cours royales d'Amiens, Angers, Douai et Faculté de Droit de Dijon, *Docum. sur la Réf. hypoth.*, t. II, p. 169, 186, 210, 241, 247, 317 et 400.

[156] Mourlon, *Transcription*, t. II, n° 864, p. 501.

[157] L'abolition de l'incapacité dans la mesure que nous lui avons assignée ne doit pas nécessairement entraîner une modification dans le même sens du régime de la séparation de biens judiciaire ou conventionnelle, ou servir d'argument pour restituer à la femme, sous quelque régime qu'elle soit placée, la libre disposition de ses paraphernaux. Tant qu'il y a communauté de vie, la femme ne souffre en général d'aucune perturbation de l'exercice régulier et loyal de l'autorité maritale; c'en est assez pour qu'elle n'ait pas à subir dans cette situation le moindre contre-coup des réformes affectant l'état de séparation de corps proprement dite. Ce n'est pas à dire cependant que le Code civil soit, sous les rapports signalés plus haut, à l'abri d'aucune proposition d'innovation; on pourrait la présenter sous la forme d'un système d'égalité absolue renouvelé de celui que Cambacérès proposait à la Convention (art. 11 du projet du 9 août 1793) Voy. Laurent, avant-projet, V, p. 42 et suiv., ou procéder de cette idée simple qu'il est devenu nécessaire de tempérer sur certains points la rigueur de l'autorité maritale. MM. Drioux et Pascaud, Congrès des sociétés savantes de 1889. Conf. Pascaud, Capacité de la femme et extension rationnelle qu'elle comporte, *Revue générale du Droit*, 1889 et 1890.

Digitized by Google

LE LIVRET OBLIGATOIRE DES OUVRIERS[1].

Par M. Marc Sauzet, professeur agrégé à la Faculté de droit de Lyon.

I.

LE LIVRET A SON ORIGINE.

Sommaire. — 7. Art. 12 et 13, loi 22 germinal, an XI. — 8. Arrêté 9 frimaire, an XII. — 9. Résumé de cette législation initiale : ses conséquences pratiques.

7. Le point de départ de la législation du livret est dans les art. 12 et 13 de la loi du 22 germinal an XI, ainsi conçus :

Art. 12. — « Nul ne pourra, sous peine de dommages-intérêts envers son maître, recevoir un ouvrier, s'il n'est porteur d'un livret portant le certificat d'acquit de ses engagements, délivré par celui de chez qui il sort. »

Art. 13. — « La forme de ces livrets et les règles à suivre pour leur délivrance, leur tenue et leur renouvellement, seront déterminées par le gouvernement, de la manière prescrite pour les règlements d'administration publique. »

C'était là ce que Regnault de Saint-Jean d'Angély, dans l'exposé des motifs[1], appelait une disposition « *protectrice des engagements* entre les ouvriers et ceux qui les emploient, *garantissant* les ateliers de la désertion, les *contrats* de la violation. »

Dans le rapport au Tribunat[2], Perrin ne méconnaissait pas davantage le caractère *civil* de ces prescriptions; « l'art. 12, écrivait-il, veut qu'aucun ouvrier ne puisse être reçu dans un atelier s'il ne présente sur un livret, dont il doit être porteur, un congé d'acquit délivré par celui de chez qui il sort. L'art. 13, relatif aux livrets, veut que leur forme particulière soit déterminée par un règlement d'administration publique... Il est facile d'apercevoir le but vers lequel ces articles concourent et de juger s'ils le remplissent. *Assurer l'exécution des conventions* entre le maître et... ses ouvriers, et prévenir la séduction qui peut être exercée sur un ouvrier pour l'entraîner dans un autre atelier, tel est le vœu de ces articles. Les moyens

[1] Voir *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1890, nouvelle série, tome XIX, page 21.

[1] Archiv. Parlem. IV, p. 547.

[2] Archiv. Parlem. IV, p. 599.

Digitized by Google

« sont simples et c'est leur simplicité qui en démontre la bonté... « Aucun ouvrier ne peut sortir sans un congé d'acquit de ses en- « gagements ; *tous les ateliers lui sont fermés s'il n'en est por-* « *teur;* et le fabricant qui autoriserait la fraude, en le recevant, « encourt la peine des dommages-intérêts. Pour qu'il existe une « juste réciprocité, il faut que... l'ouvrier ait le droit de se faire « délivrer ces congés, quand il a celui de les obtenir et la loi le « lui donne... quand le temps pendant lequel il s'est obligé de « travailler est expiré. »

8. Le règlement d'administration publique, annoncé par l'art. 13, parut à la fin de 1803 (arrêté du 9 frimaire an XII, 1er décembre 1803).

Il soumet tout ouvrier « travaillant en qualité de compagnon « ou garçon » à l'obligation de « se pourvoir d'un livret », délivré par les commissaires de police à Paris, Lyon, Marseille, par les maires dans les autres villes, et visé par eux, sous peine d'être « réputé vagabond » et « arrêté et puni comme tel » (art. 1 à 3 et 11 à 13).

Dans ses rapports avec ses patrons, l'ouvrier est « tenu de « faire inscrire le jour de son entrée sur son livret..... et *de* « *déposer le livret entre les mains de son maître,* s'il l'exige » (art. 5).

Quant au patron, il doit (art. 4, 6 et 10), lorsque l'ouvrier sort de chez lui, « inscrire sur son livret un congé, portant acquit de « ses engagements, s'il les a remplis. »

Les art. 7, 8 et 9 doivent être reproduits textuellement :

Art. 7. — « L'ouvrier qui aura reçu des avances sur son salaire, ou « contracté l'engagement de travailler un certain temps, ne pourra exiger « la remise de son livret et la délivrance de son congé, qu'après avoir « acquitté sa dette par son travail et rempli ses engagements, si son maître « l'exige. »

Art. 8. — « S'il arrive que l'ouvrier soit obligé de se retirer, parce « qu'on lui refuse du travail ou son salaire, son livret et son congé lui « seront remis, encore qu'il n'ait pas remboursé les avances qui lui ont « été faites : seulement le créancier aura le droit de mentionner la dette « sur le livret. »

Art. 9. — « Dans le cas de l'article précédent, ceux qui emploieront ul- « térieurement l'ouvrier, feront, jusqu'à entière libération, sur le produit « de son travail, une retenue au profit du créancier. — Cette retenue ne « pourra, en aucun cas, excéder les deux dixièmes du salaire journalier

Digitized by Google

« de l'ouvrier : lorsque la dette sera acquittée, il en sera fait mention sur « le livret. — Celui qui aura exercé la retenue sera tenu d'en prévenir le « maître au profit duquel elle aura été faite, et d'en tenir le montant à sa « disposition. »

9. Toutes ces dispositions, combinées avec l'art. 12 de la loi de germinal, peuvent se résumer sous les trois chefs suivants :

1° L'ouvrier ne peut trouver à s'embaucher, à faire un contrat de travail, qu'en prouvant, par la présentation de son livret en règle, qu'il est libre de tout engagement envers un patron antérieur (art. 12, *loi de germinal*).

2° Le patron peut, en retenant le livret, contraindre l'ouvrier à *lui payer en travail* ce qu'il lui doit, soit pour avances reçues sur son salaire, soit par suite d'engagement *ad tempus* (art. 7. *Arrêté*).

3° Le patron, créancier d'avances, qui signe le congé d'acquit et n'use pas de son droit de retenir le livret, peut, en inscrivant sa créance sur le livret, *se réserver* les deux dixièmes des salaires que l'ouvrier gagnera ailleurs, jusqu'à entière libération (art. 8 et 9, *Arrêté*).

Or, nous disons que, sous ces trois aspects, l'organisation du livret dérogeait gravement au droit commun : il importe de préciser avec soin chacune de ces dérogations.

II.

ATTEINTES AU DROIT COMMUN.

§ 1.

Sommaire. — 10. Art. 12, loi 22 germinal, an XI : L'ouvrier mis dans l'impossibilité de trouver du travail s'il ne s'est libéré de ses engagements envers son premier patron. — 11. Sanction de l'art. 12; dommages-intérêts contre les employeurs ultérieurs. — 12. Elle est jugée insuffisante et on perd de vue la gravité du principe de l'art. 12. — 13. Etablissement d'une sanction pénale en 1854; elle échoue; ruine du principe lui-même.

10. L'ouvrier est exposé à ne pas pouvoir louer son travail, s'il ne justifie pas qu'il est libre de tout engagement de services antérieur. *Tous les ateliers lui sont fermés, s'il n'est pas porteur d'un congé d'acquit,* suivant la formule de Perrin, que nous avons citée déjà.

Nous ne méconnaissons pas et nous préciserons tout à l'heure

Digitized by Google

la portée pratique de cette disposition, en insistant sur la sanction qu'édictait l'art. 12 de la loi de germinal, mais nous disons que, en droit, elle est exorbitante. Perrin la jugeait *bonne*, parce qu'elle était *simple*. L'efficacité du procédé de contrainte n'est pas contestable, en effet [1] : on prend, en quelque sorte, l'ouvrier par la famine; on organise le vide du travail autour de lui; comment céderait-il encore à la tentation de rompre son contrat, on l'empêche de travailler partout ailleurs que chez le maître envers lequel il est lié?

Mais l'équité, le droit commun admettent-ils qu'un débiteur soit exposé à un tel mode de contrainte, en cas d'inexécution de ses engagements? Où voit-on que, dans l'intérêt de son créancier, le débiteur soit jamais mis dans l'impossibilité de faire à nouveau, avec des tiers, un contrat identique à celui dont il n'est pas encore dégagé? Sans doute, le failli ne peut plus faire d'actes opposables à la masse, et on pourrait dire de même, il résulte de l'art. 12 de la loi de germinal, que l'ouvrier ne peut pas faire un contrat de travail opposable à son premier patron, tant qu'il n'est pas quitte envers lui. — Ou bien encore songera-t-on à la définition et à la répression du stellionnat, dans l'art. 2059, C. civ., et comparera-t-on l'ouvrier qui offre son travail, déjà engagé [2], au

[1] Aussi a-t-elle été signalée même dans des discussions parlementaires où le livret d'ouvrier n'était pas en question. C'est ainsi qu'en 1864 au cours des débats sur la liberté des coalitions (loi 25 mai, modifiant les art. 414-416, C. p.), M. Buffet ayant proposé d'ériger en délit la rupture trop brusque des engagements industriels, le commissaire du gouvernement répondit que « la loi sur les livrets contenait une disposition donnant une « garantie au moins égale à celle qu'établirait l'amendement, et bien suffi- « sante pour empêcher les ouvriers de quitter leurs ateliers d'une manière « subite et sans avoir accompli les engagements qu'ils ont pris envers leurs « maitres. » Il visait l'art. 3 de la loi 22 juin 1854 plaçant, selon lui, « l'ouvrier dans cette situation, que, s'il quitte son atelier sans avoir « accompli ses engagements tous les ateliers lui seront fermés. » (Sirey, L. A. 1864, p, 29 note 2). Or l'art. 3 de la loi de 1854, ne fait que reproduire l'art. 12 de la loi de germinal; mais nous verrons (n° 41) qu'en 1854 la sanction de l'art. 3 était plus sérieuse que celle de l'art. 12 dans la loi de germinal.

[2] La formule n'a rien de juridique, mais elle exprime une idée courante; écoutons un partisan du Livret expliquant son mécanisme à l'Assemblée Législative en 1851 :

(Discours Loyer séance 8 mai, *Moniteur*, p. 1299 col. 3). « Le livret de « l'ouvrier répond de l'éxécution de l'ouvrage qui lui à été confié et de l'ac-

Digitized by Google

vendeur qui « présente comme libres des biens hypothéqués » ?

Mais il est inutile de chercher, dans des rapprochements plus ou moins fantaisistes, une justification juridique de l'art. 12 de la loi de germinal ; son explication historique est connue, il a son origine immédiate dans les art. 1 et 4 des lettres patentes du 2 janvier 1749. Explication, disons-nous, non pas justification ; car un texte qui, en 1749, pouvait être un progrès, une atténuation aux abus des règlements de maîtrises et jurandes[2], n'était plus, après 1789, avec les principes de la liberté du travail et de l'égalité civile, qu'une monstruosité légale.

11. Aussi les rédacteurs de la loi de germinal n'avaient-ils pas copié absolument les lettres-patentes de 1749 : ils avaient supprimé la sanction de l'amende de 100 livres et de la contrainte par corps, contre l'ouvrier quittant son patron « sans congé exprès et par écrit », et la sanction d'une amende de 300 livres contre les patrons qui « le prendraient à leur service », pour ne conserver que la sanction, contre ceux-ci, des dommages-intérêts.

A ce point de vue, on peut dire que l'art. 12 était édicté autant contre les patrons que contre les ouvriers ; que le livret

« complissement des engagements qu'il a contractés. L'ouvrier a *promis son* « *travail*, son livret est son cautionnement ; sa bonne foi n'y est pas « seulement intéressée, sa fortune y est aussi engagée, car son bien à « lui ce sont ses bras, et *il les a engagés ; il ne peut les consacrer à un* « *autre travail qu'autant qu'il a reconquis son indépendance* et son li- « vret..... Qu'y a-t-il de plus moral et de plus élevé ? Le livret n'humilie « pas l'ouvrier, il l'élève ; il l'élève, car, dans ce contrat qui intervient entre « son chef et lui, l'ouvrier est l'égal du patron.... ; *si l'un apporte son* « *argent, l'autre apporte ses bras ;* ce dernier apport, non moins respectable « que le premier (!), la remise du livret *ne permet pas qu'il soit illusoire.* — » Le livret moralise l'ouvrier, car il lui rappelle qu'il n'est permis à personne « de se jouer de ses engagements ; s'il avait le malheur de l'oublier, la loi « l'en ferait souvenir en autorisant le patron a retenir le livret dont *la re-* « *présentation est nécessaire pour que la porte d'un autre atelier soit ouverte* « *à l'ouvrier.* — Ainsi la retenue du livret par le patron et, *comme consé-* « *quence forcée, l'impossibilité dans ce cas pour l'ouvrier de trouver du tra-* « *vail ailleurs*, voilà la garantie réelle, sérieuse, efficace que toutes les légis- « lations et en, dernier lieu, la loi de Germinal au XI ont accordée à celui « qui fait travailler contre celui qui demande et obtient du travail ».

[2] Le rapport Beugnot (*Moniteur* 22 mai 1845 p. 1377 col. 1) constate que l'obligation du *congé d'acquit* a pris naissance dans les statuts des Corps de Métiers.

Digitized by Google

était une arme contre la concurrence déloyale, autant que contre la désertion des ateliers, visant « ce voisin » dont parle Regnault de Saint-Jean d'Angely [1] « envieux, stupide, et sans honneur « qui débauche (pour me servir d'une expression qui peint mieux « la lâcheté de son action) débauche l'ouvrier de son concurrent « et cherche à édifier ses succès sur des ruines, sa fortune sur « des malheurs [2]. » C'est bien aussi sous cet aspect que les partisans du livret ont toujours aimé à le présenter.

L'art. 5 de l'arrêté du 9 frimaire obligera l'ouvrier à déposer son livret entre les mains de son maître, on ne verra dans ce dépôt, comme dans la sanction de l'art. 12 de la loi de germinal, que la trace d'une pensée de protection pour l'ouvrier. Ce dépôt, dira le ministre de l'agriculture et du commerce, en 1846 [3], est une chose bonne, utile, morale : « utile à l'ouvrier car elle le « met à l'abri de tous les moyens de séduction et d'embauchage

[1] Exposé des motifs précité. Cf. art. 7 et 8 arrêté 16 fructidor an IV, sur *la police des papeteries*. Cf. circulaire ministre l'intérieur 4 nivôse an XII (précitée). « Il n'est que trop commun de voir les hommes qui sont « en concurrence dans les diverses professions, user de toutes sortes d'arti- « fices pour déranger les opérations de leurs rivaux, et s'en attirer le pro- « fit : ils y réussissent souvent, en débauchant les ouvriers les plus utiles. « Des manœuvres aussi répréhensibles, et qui ont excité des plaintes mul- « tipliées, devaient être réprimées. Les entrepreneurs ont maintenant les « moyens de déjouer celles qu'on pourrait employer pour désorganiser leurs « ateliers... » Allusion directe à l'action en dommages-intérêts ouverte par l'art. 12 de la loi de germinal. Chaptal ajoutait : « S'il a été juste d'assurer « les droits des entrepreneurs, il ne l'a pas été moins de veiller aux intérêts « des ouvriers. *Il ne saurait entrer dans les vues du gouvernement de fa-* « *voriser une classe au détriment de l'autre;* et tout ouvrier à qui l'on « aura promis de l'ouvrage, pendant un temps déterminé, devra être oc- « cupé pendant ce temps, ou recevoir une indemnité. Il ne faut pas non « plus qu'on puisse, sans motif légitime, refuser de lui rendre son livret ou « de lui délivrer son congé. *La loi doit être égale pour tous*, et il serait « odieux qu'on tirât parti de son état de dépendance pour exercer à son « égard des actes que réprouverait la justice. »

[2] Nous montrerons, dans notre troisième partie, que les rédacteurs de l'arrêté du 9 frimaire an XII ont ajouté quelque chose à la sanction *imparfaite* de l'art. 12 de la loi de germinal, et c'est alors que nous pourrons juger si nous devons partager le jugement de Chaptal sur l'arrêté dans la note précédente.

[3] Chambres des pairs. *Moniteur*, séance 11 février 1846, p. 345 col. 1; et Teste (*ibid.* col, 2) y voit de même « une garantie que l'ouvrier ne cédera « pas aux séductions dont il sera entouré hors de son atelier, qu'il ne se « laissera pas *embaucher à plaisir*. »

Digitized by Google

« que certaines rivalités pourraient exercer à son égard. »

Cette opinion indulgente, trouvait son expression extrême dans la bouche du baron Dupin [4]; il affirmait que Chaptal « avait mé« dité la loi de l'an XI dans un esprit favorable aux ouvriers. » Il remarquait que cette loi « appartient au temps de la Républi« que française, aux plus beaux temps du Consulat; ce n'était « pas encore l'Empire »; et il concluait que « ni son origine, ni « son intention n'étaient dirigées contre la classe ouvrière par un « gouvernement qui visât au despotisme [5]. »

Montalembert [6] n'allait pas aussi loin; mais il reconnaissait que la loi de l'an XI avait imprimé au livret « un caractère de li« berté. » — Par rapport à la législation de 1749, c'est incontestable. — « Je ne sais pas, ajoutait-il, si cette liberté était dans « l'intention du législateur de germinal, mais ce que je sais, « c'est qu'elle est dans les conséquences *d'une loi qui n'est pas* « *revêtue d'une sanction pénale*. Qu'arrivait-il sous l'empire de « cette loi?... Il arrivait que le livret d'ouvrier était précisément « ce qu'est le certificat d'un domestique. Aucune loi ne vous « oblige et ne vous prescrit sous peine d'amende et de prison de « demander à un domestique ou à un serviteur quelconque qui « veut entrer à votre service un certificat de son ancien maître. « Et cependant, vous le savez tous, on ne prend pas, en général, « à son service des hommes qui ne peuvent pas vous présenter « un certificat attestant leur bonne conduite antérieure. *Cet état* « *de choses est naturel;* il est conforme à nos mœurs et aux intérêts des maîtres et des domestiques. De même le livret ren« fermé dans des limites convenables, modérées, était conforme « à l'intérêt bien entendu des maîtres et des ouvriers. »

C'est dans le même sens que le comte Daru [7] constatait que « l'application de la loi de germinal an XI était *facultative, car*

[4] *Ibid. Moniteur* du 10 février, p. 309 col. 2 et 3; et, en ce sens, le passage précité de la circulaire ministérielle aux préfets. (note 1).

[5] On peut rapprocher de cette opinion, qu'on retrouve dans les travaux préparatoires de la loi de 1851, celle du rapporteur du Sénat sur la politique ouvrière du « régime dictatorial issu du coup d'Etat du 18 bru« maire. » Sénat, Doc. juin 1883, p. 794 *inf.*, 795.

[6] *Ibid. Monit.* du 11 février, p. 328, col. 2.

[7] *Ibid.*, p. 327, col. 2.

Digitized by Google

« *la pénalité était nulle...* C'était une prescription dont l'appli-
« cation était abandonnée en quelque sorte à la convenance et au
« libre arbitre de chacun; *elle n'existait pas réellement puis-*
« *qu'elle n'avait pas de sanction.* »

12. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, ce double caractère de la législation initiale du livret : 1° que l'art. 12 de la loi de germinal semble dirigé contre les patrons aussi bien que contre les ouvriers; 2° que sa seule sanction [1] est une action en dommages-intérêts ouverte contre le patron qui emploie un ouvrier sans livret. Ce sont là deux considérations sans lesquelles il ne serait pas possible d'apprécier sainement la portée pratique de l'institution du livret. Il n'en reste pas moins vrai, doctrinalement, que l'idée première était de sanctionner les engagements de l'ouvrier par l'impossibilité de trouver du travail avant de s'être libéré : l'idée n'était pas entourée des moyens pratiques les plus propres à lui faire produire tous ses effets, mais elle était, comme sous prétexte de police industrielle, formulée dans un texte; de là à s'implanter dans les esprits et dans les mœurs, comme procédé légitime de contrainte au profit des patrons [2], il n'y avait qu'un pas... Il fut vite franchi.

Que verrons-nous (n° 31) percer ou afficher dans les réclamations que suggère aux chambres de commerce et aux industriels, vers 1830, la législation des livrets? Le regret que l'obligation n'en soit pas mieux sanctionnée. On ne s'avise pas de soupçonner qu'il y a, dans le principe de l'art. 12 de la loi de germinal, une

[1] Nous verrons (3e partie) que l'arrêté de 9 frimaire an XII (art. 3) ajoutait une véritable sanction à l'obligation pour l'ouvrier d'avoir un livret en règle, sanction pénale contre l'ouvrier.

[2] Ainsi le rapporteur de la loi de 1851, répondant aux attaques dont le livret était l'objet, montre d'abord ses avantages pour l'ouvrier, résumés en ce « qu'il atteste qu'il exerce une profession, qu'il l'exerce avec régula-
« rité » et il en conclut que, *pour que l'égalité soit respectée*, le livret doit protéger aussi les intérêts du patron. L'interdiction d'employer un ouvrier dont le livret n'est pas en règle lui apparait comme une mesure « sage, pré-
« servatrice du droit des ouvriers, comme de ceux du patron... Y a-t-il *rien de plus moral* que cela ? N'est-ce pas *la plus simple application des principes de probité* ? »... Quant aux principes du droit commun, l'orateur n'en parle pas; et, chez lui, le silence est d'autant plus notable que, dans ses rapports — nous le verrons — le souci du droit commun perce souvent. (n° 19, n° 26 note).

Digitized by Google

rigueur juridique exorbitante ; on s'aperçoit que la protection pour les patrons n'est pas efficace. On ne songe pas que l'art. 12 est théoriquement inouï, mais qu'il est pratiquement insuffisant.

Intenter une action en dommages-intérêts contre le patron qui engage des ouvriers, sans livrets en règle, et le rappeler ainsi à une plus scrupuleuse observation de la loi... c'est bien une sanction; mais c'est peut-être long et sûrement gênant, car de patron à patron de tels procès répugnent. Une pénalité contre les ouvriers, appliquée par les soins et sur les poursuites du ministère public, serait plus simple, plus commode ; c'est ce qu'on réclame, c'est ce que le Préfet de police à Paris, les maires de quelques grandes villes essaient de faire, en vertu de leurs pouvoirs de police. La Cour de cassation[2] n'admet pas, il est vrai, la légalité de pareils arrêtés : ils n'en sont pas moins l'expression la plus fidèle des vœux des intéressés, nous voulons dire de ceux dont la voix est, alors, la mieux, sinon la seule, entendue... des patrons[3].

[2] Sur ce point voy. M. Gomel, art. précit. *J. des Economistes*, 1882, IV, p. 230.

[3] Dans la discussion générale, à la Chambre des pairs, (séance, 9 février 1846, p. 308, col. 2) M. Dubouchage constate que « les ouvriers ne « sont ni électeurs, ni éligibles; ils n'ont point d'organes dans les Chambres « médiats ou immédiats; ils sont faibles, isolés, faibles par leur isolement; « ils n'ont pas d'organes pour exposer leurs plaintes, leurs griefs, même « leurs droits... eh bien! je trouve que c'est dans le sein de la Chambre des « pairs précisément qu'ils doivent trouver leurs défenseurs naturels. » Il constate (p. 309, col. 1 et 2) que le projet du gouvernement qui a la prétention « de ne favoriser ni le maître aux dépens de l'ouvrier, ni l'ouvrier « aux dépens du maître, mais de tenir la balance égale entre eux, sans « préférence, sans injustice » aurait dû lui suggérer l'idée « de consulter « les ouvriers alors que, par quatre fois différentes, il consulta les maîtres, « les industriels et les manufacturiers. La bonne et exacte justice exigeait « qu'on entrât dans cette voie régulière afin d'arriver à faire une loi im- « partiale. » — « Vous consultez l'intérêt des maîtres et vous oubliez « l'intérêt des ouvriers; vous permettez aux maîtres d'avoir des Chambres « syndicales et vous ne permettez pas aux ouvriers d'exposer leurs plaintes, « leurs griefs, de faire valoir leurs droits. C'eût été justice. » Et, à la séance du 10 (p. 327 *in pp°*) signalant une pétition rédigée la veille : « Les ouvriers regardent la loi sur les livrets comme un assujettissement « et une vexation. Il faut pourtant bien prendre cela en considération. « Vous n'avez pas consulté les ouvriers, et lorsqu'ils font entendre leurs « doléances, c'est bien le moins qu'un pair de France les reproduise à la « tribune. » Cf. n° 32 note.

Digitized by Google

13. Et nous verrons plus loin que le projet de 1846, d'abord, la loi du 22 juin 1854 ensuite, se préoccupèrent d'assurer par une pénalité pratique l'obligation du livret; le rapport, comme l'exposé des motifs, pouvaient invoquer, à l'appui de cette solution, la pratique de l'ancien régime, les lettres-patentes de 1749; c'est que, depuis un demi-siècle, et malgré la secousse de 1848 [1], l'idée historique de la loi de germinal s'était comme acclimatée; ce qu'elle renfermait d'excessif, on le perdait de vue; pour le découvrir il eût fallu user d'un raisonnement quelque peu abstrait, qui semblait déplacé dans des *discussions d'affaires;* nous signalerons bientôt l'étonnement que causèrent un jour, à la Chambre des pairs, quelques réflexions de Droit civil, à propos de législation industrielle [2]?

Ainsi peut s'expliquer la résurrection, en 1854, et sous l'inspiration de Michel Chevalier [3], de l'esprit réglementaire du XVIIIe siècle dans les rapports entre patrons et ouvriers. Elle ne devait pas être de longue durée. Il n'est pas si facile de méconnaître, *en fait,* la notion du droit, quand le milieu social ne s'y prête pas. Or notre société, — qu'on s'en plaigne ou non, — est dominée, non plus par le sentiment de la hiérarchie sociale, mais par les principes de liberté individuelle et d'égalité civile; c'est de leur fusion qu'est faite l'idée du droit contemporaine.

La vieille armure du livret a pu être restaurée avec tous ses accessoires; il est apparu bien vite que son emploi était d'un autre âge. Les patrons, vers 1830, n'osaient pas s'intenter mutuellement des actions en dommages-intérêts pour assurer le jeu de l'art. 12 de la loi de germinal. Les parquets de l'Empire, après 1854, laissèrent de même sommeiller l'action publique. Les chambres de commerce récriminèrent, en 1869, contre cette inaction illégale du ministère public, comme elles avaient, sous la monarchie de Juillet, protesté contre son impuissance. Mais le temps de leur influence exclusive ou prépondérante était passé, et le second Empire, à sa fin, allait préparer la suppression du livret

[1] Nous verrons, n° 37 note 3, que l'abrogation du livret obligatoire fut alors proposée, mais sans succès.

[2] N° 26.

[3] Signataire de l'exposé des motifs avec Vuillefroy et Heurtier. (n° 41 note 1).

Digitized by Google

obligatoire, qu'il avait cru pouvoir renforcer à ses débuts.

N'était-ce pas que l'idée du droit avait fait lentement, mais sûrement, son chemin? Traiter les ouvriers comme des débiteurs d'une espèce spéciale, soumettre leurs rapports contractuels avec le patron à des règles extra-civiles, organiser au profit du patron créancier une garantie hors du droit commun, a fini par devenir impossible.

Voici comment on appréciait au Sénat en 1883 [4], le livret, au point de vue sur lequel nous venons d'insister : « Le but de « l'institution du livret d'ouvrier a été d'assurer l'exécution des « engagements contractés par les ouvriers envers les patrons. Les « moyens de coercition ont varié dans la forme depuis le XIIIe siè- « cle [5]; les procédés sont moins rigoureux, mais le caractère des « dispositions légales est resté le même. Aujourd'hui encore, si la « loi était appliquée, un patron envers lequel un ouvrier n'a pas « rempli ses engagements, *pourrait refuser à celui-ci le congé « d'acquit, et le mettre dans l'impossibilité absolue de trouver « de l'ouvrage dans un autre établissement.* — Il est donc certain « que la loi constitue les patrons garants les uns envers les autres « de l'exécution des obligations contractées par les ouvriers; et « l'on a pu dire que cette législation avait pour résultat de mettre, « en quelque sorte, les patrons *à l'état de coalition permanente « pour astreindre les ouvriers à remplir leurs obligations.* Cette « législation est évidemment exceptionnelle et contraire au droit « commun. — *D'après le droit commun, celui qui a contracté « une obligation, et qui ne la remplit pas, à quoi est-il tenu? A « des dommages-intérêts. A l'égard de l'ouvrier il en est tout « autrement. Celui-ci, lorsqu'il ne remplit pas ses engagements, « est privé d'un congé d'acquit, ce qui le met dans l'impossibilité « de trouver de l'ouvrage chez un autre patron.* — Pas de livret « régulier, pas d'admisssion pour lui dans un autre établisse- « ment; en cas d'infraction des dispositions prescrites par la loi, « il est passible de peines comme s'il avait commis des actes

[4] Discours Barthe Séance 8 novembre Sénat déb. p. 1269-1270.

[5] Cette vieille origine du livret est une idée chère à M. M. Barthe (cf. son rapport p. 792), et son discours (Sénat, 31 janvier 1889, déb. parl., p. 84.)

Digitized by Google

« délictueux. Toutes les mesures que j'ai rappelées forment « *une législation spéciale qui n'est pas en harmonie avec le « principe de l'egalité devant la loi.* »—Quand l'impossibilité d'une « législation spéciale est ainsi proclamée, malgré la résistance « des intérêts égoïstes, on peut dire que le droit prime la force.

C'est ce que nous allons constater, avec plus de netteté encore, pour les deux autres dérogations au droit commun, renfermées dans l'arrêté du 9 frimaire an XII, et qui nous restent à étudier, après l'art. 12 de la loi de germinal.

§ 2.

Sommaire. — 14. L'art. 7 de l'arrêté du 9 frimaire an XII ; les travaux préparatoires et l'art. 1142 du Code civil. — 15. Le droit de rétention du livret au profit du patron, moyen de contraindre l'ouvrier à s'acquitter en travail; applications et conséquences de ce droit de rétention. — 16. 1re application : il garantit la créance de travail. Réfutation d'une théorie nouvelle sur l'art. 1142 C. civ.; — 17. Opinions de MM. Beugnot et Salveton en 1845, 1847; — 18. Le droit commun perdu de vue; — 19. 2e application: il garantit les créances d'avances. — 20. 1re conséquence : échec à l'art. 1780, C. civ. — 21. 2e conséquence : l'ouvrier ne peut pas se libérer en argent. — 22. Résumé. Inutilité du droit de rétention. Conclusion.

14. Il résulte de l'art. 7 de l'arrêté du 9 frimaire an XII que l'ouvrier, débiteur envers son patron, — soit de travail pendant un certain temps, — soit d'avances reçues sur le salaire, peut être contraint à *s'acquitter en travail.*

Or l'arrêté est du 1er décembre 1803.

Le 31 décembre de la même année, le titre *du Louage,* au Code civil, était en discussion au Conseil d'État [1]; l'art. 104 [2] du projet était ainsi conçu :

« Si l'individu qui a loué ses services n'exécute pas son engagement, il « est condamné aux dommages-intérêts; mais il ne peut jamais être con- « traint personnellement à l'exécution. »

Ce texte ne donnait lieu à aucune observation [3]; il passait tel quel dans l'art. 77 du projet amendé [4]; la section de législation

[1] Fenet, XIV, p. 235 et s. Regnault de Saint-Jean d'Angély, l'auteur de l'exposé des motifs de la loi de germinal, y prenait une part active.

[2] *Ibid.*, p. 232. Les art. 102 et 103 correspondaient aux art. 1780 et 1781, C. civ.

[3] *Ibid.*, P. 356.

[4] *Ibid.*, p. 275.

Digitized by Google

du Tribunat en changeait la forme, sans en modifier le sens[5]. On y pensait « qu'il faut commencer par dire qu'on ne peut « être contraint personnellement à faire ce que l'on a promis. « Cette règle doit être établie avant tout. En conséquence, ce- « lui qui refuse de faire ce qu'il a promis doit être condamné « aux dommages-intérêts s'il a eu tort de refuser. Voilà ce qui « doit être dit ensuite. Cet ordre est observé dans la rédaction « suivante, qui a de plus l'avantage de conserver la réciprocité « entre le maître et ceux qu'il emploie. »

Art. 77. Si l'individu qui a loué ses services n'exécute point son engagement, il ne peut être contraint personnellement a l'exécuter, mais il est condamné aux dommages-intérêts s'il y a lieu. — Cette disposition est applicable au maître à l'égard du domestique et de l'ouvrier.

Mouricault, dans son rapport à l'assemblée générale du Tribunat[6], disait dans le même esprit : « A l'occasion du *louage des domestiques et ouvriers*, il était convenable de consacrer de « nouveau *le principe de la liberté individuelle;* c'est ce que fait « le projet en statuant qu'on ne peut engager ses services qu'à « temps ou pour une entreprise déterminée. *Il résulte encore du « principe cette conséquence que l'engagement, s'il n'est pas exé- « cuté, se résout en dommages-intérêts.* »

Puis, l'article disparait dans la rédaction définitive du 25 février 1804[7].

Suivant M. Glasson[8], cette suppression aurait eu lieu sur l'observation que cet art. 77 reproduisait un article déjà voté, l'art. 1142, C. civil. Elle constituerait donc un renvoi catégorique au droit commun.

Nous inclinons vers une explication *un peu* différente : les rédacteurs de l'art. 77 du projet du Code civil ont dû se rappeler, sans grand effort de mémoire, l'art. 7 de l'arrêté de frimaire an XII. Or cet art. 7 n'est pas autre chose que la négation du principe de l'art. 1142, C. civil, en tant que l'ouvrier est débiteur de travail; en tant que l'ouvrier est débiteur d'avances re-

[5] *Ibid.*, p. 288.
[6] *Ibid.*, p. 339.
[7] *Ibid.*, p. 303-304.
[8] *Le Code civil et la question ouvrière*, p. 64.

Digitized by Google

çues sur son salaire, cet art. 7 pouvait même conduire à la violation de l'art. 1780, C. civil [9].

C'est ce qu'il importe d'établir nettement.

15. L'ouvrier doit travailler pendant le temps fixé au contrat, ou pendant le temps correspondant aux avances de salaire qu'il a pu accepter : de ce chef, et pour parler le langage du droit commun, il est débiteur d'une obligation de faire.

Or le défaut d'exécution de ces obligations ne peut qu'ouvrir au créancier l'action en dommages-intérêts (art. 1142). Une condamnation pécuniaire, exécutée par les voies de droit, procurant au créancier tout, peu ou rien suivant le degré de solvabilité de son débiteur : voilà le droit commun, plus ou moins jaloux de protéger la liberté individuelle suivant que la contrainte par corps est défendue ou permise.

Telle n'est pas la situation de l'ouvrier [1] : il doit du travail, il faut qu'il paie en travail « si son maître l'exige », dit l'art. 7 de l'arrêté. Quant au procédé pratique qui permet au maître de l'exiger, c'est le *droit de retenir* le livret qui a dû être déposé entre ses mains (art. 5 *in f.*), et, à défaut duquel, l'ouvrier ne peut pas s'embaucher ailleurs (art. 12, loi de germinal), court même le risque d'être arrêté et puni comme vagabond (art. 3 *in f.*).

Ce *droit de rétention* [2] ayant pour but de contraindre l'ouvrier à « acquitter sa dette par son travail », droit qualifié de « si considérable », dans les travaux préparatoires de la loi du 14 mai 1851 [3], nous est toujours apparu comme la disposition doctrinalement la plus inouïe de la législation des rapports entre patrons et ouvriers; nous voudrions en préciser les cas d'application, d'abord, puis les conséquences.

[9] Dont il faut rapprocher l'art. 15 de la loi 22 germinal an XI.

[1] Cf. Clamageran (*du louage d'industrie du mandat et de la commission* Paris 1856, p. 408, 409) affirmant que l'ouvrier ne peut être condamné qu'à des dommages-intérêts, cf., p. 141, n° 175.

[2] On pourrait songer à le comparer avec le droit de rétention qui peut appartenir à l'ouvrier, pour garantir le paiement de son salaire, sur les matières premières à lui confiées. Mais dans cette hypothèse le droit de rétention trouve son application normale, il n'apparaît pas comme un moyen de contrainte indirecte pour procurer au créancier l'exécution en nature d'une obligation de faire.

[3] 2e Rapport Salmon Sirey, L. A. 1851, p. 64, col. 3.

Digitized by Google

16. Le droit de rétention existe au profit du maître pour garantie de la « dette » de l'ouvrier, soit qu'elle résulte « d'avances sur son salaire » ou « de l'engagement de travailler pendant un certain temps. » Tels sont les termes de l'art. 7 de l'arrêté. Nous répétons qu'il y a atteinte au droit commun même dans cette dernière application du droit de rétention du livret, quand il sert à obtenir de l'ouvrier engagé pour six mois, un an, un travail effectif de six mois ou d'un an. C'est violer l'art. 1142, C. civ.

Toutefois, sur ce point, notre affirmation doit être justifiée, car elle trouve, à l'heure actuelle, une contradiction doctrinale dans une théorie nouvelle sur l'art. 1142.

C'est la théorie dont le promoteur, M. Baudry-Lacantinerie, écrit [1] qu'elle « *diffère notablement de celle admise par les auteurs;* ils rattachent la règle établie par l'art. 1142 au principe « de l'inviolabilité de la liberté individuelle..... Nous répondons : « le débiteur, en s'obligeant, engage sa liberté et ce n'est pas « violer le principe de la liberté individuelle que de l'obliger, « *même par la violence*, à faire ce qu'il a promis de faire; il « était libre de ne pas enchaîner sa liberté; mais, *une fois qu'il* « *l'a enchaînée, il n'a pas le droit de rompre son lien* [2]. La loi « NE s'arrête QUE devant une impossibilité de fait. *La violence* « *pourra donc être employée dans les cas*, assez rares, il faut en « convenir, *où elle pourra procurer au créancier l'exécution di-* « *recte de l'obligation.* »

Et il n'est pas douteux que l'expression corresponde très exactement à la pensée de l'éminent doyen qui venait, quelques lignes plus haut, d'imprimer, en gros caractères : « Si la puis- « sance humaine *pouvait* forcer le débiteur à faire ce qu'il a « promis de faire, la loi *devrait* permettre de l'y contraindre, « *fallût-il pour cela exercer des violences sur sa personne;* car « il a enchaîné sa liberté, en s'obligeant à faire ce qu'il a promis, « et *il n'est que juste* de permettre au créancier d'obtenir ce qui « lui est dû. »

Telles sont les conséquences, — justes, nous en doutons, — mais assurément rigoureuses, que le savant civiliste croit devoir ti-

[1] *Précis de droit civil* 1883 1re édition t. II. p. 587.
Cf. Discours Loyer n° 10 note 2.

Digitized by Google

rer d'une observation exacte, à nos yeux, à savoir : que « le vieil « adage *Nemo potest præcise cogi ad factum*, signale l'existence « d'un obstacle *de fait* plutôt que d'un obstacle *de droit* à l'exé- « cution de l'obligation. » C'est en ce sens que M. Colmet de Santerre a écrit [3] que l'art. 1142 « est plutôt la constatation *d'un « fait* que l'énoncé d'une *règle de droit*, » expliquant ainsi que, dans certains cas, la loi permette l'exécution forcée en nature d'une obligation de faire. Cette manière de voir renferme une part de vérité que nous signalerons plus loin (n° 22).

De là, à souscrire à la thèse de M. Baudry-Lacantinerie, il nous paraît y avoir loin, car ne se résume-t-elle pas en deux mots : contre les débiteurs tous les moyens (même la violence) sont justes, pourvu qu'ils soient efficaces ?

N'y a-t-il pas lieu d'être surpris que, dans le même passage, l'auteur se révèle adversaire de la contrainte par corps? Et, s'il eût songé au procédé de contrainte que constitue le *droit de rétention du livret*, dans l'arrêté de l'an XII, qu'en eût-il pensé? On ne peut vraiment le déclarer *que juste*, et conforme au droit commun, si l'interprétation donnée du principe de l'art. 1142 est exacte.

Mais elle ne l'est pas, nous le croyons fermement, et, à dire le fond de notre pensée, M. Baudry-Lacantinerie a substitué ses idées personnelles à celles des rédacteurs du Code civil. La preuve n'en est-elle pas dans les passages des Travaux préparatoires cités au n° 14? L'art. 104, puis 77, du projet, y est expliqué par cette déclaration « qu'il était convenable *de consacrer « de nouveau le principe de la liberté individuelle.* » De même, dans l'exposé des motifs du titre des Obligations [4], Bigot-Préameneu avait dit que la raison de l'art. 1142 « est que *nul ne peut « être contraint dans sa personne à faire* ou à ne pas faire une

[3] *Cours analytique* t. V. p. 88-n° 60 *bis* I.

[4] Fenet t. XIII. p. 232. Ce sera seulement pour le commentaire des art. 1143 et 1144, pour expliquer le droit reconnu au créancier, — soit de faire détruire ce qui a été fait en contravention de l'engagement, — soit de faire faire par un tiers ce que le débiteur aurait dû faire lui-même, que Bigot-Préameneu dira « il suffit que ce soient des moyens *possibles* d'exécution de « l'engagement, pour qu'il soit *juste* de les autoriser; » formule analogue à celle que M. Baudry applique même à la violence pratiquée contre la personne du débiteur pour le contraindre à l'éxécution.

Digitized by Google

« chose, et que, SI CELA ÉTAIT POSSIBLE, *ce serait une violence* « *qui ne peut pas être un mode d'exécution de contrats.* » N'est-ce pas le démenti le plus formel à la thèse de M. Baudry-Lacantinerie?

Concluons donc : le principe de l'art. 1142, que les rédacteurs du Code civil avaient songé un instant à reproduire au titre du Louage de services, était bien, dans leur esprit, une *règle de droit*, le respect de la liberté individuelle [1]; c'est à cette règle, ainsi comprise, que le droit de rétention du livret, tendant à contraindre l'ouvrier à s'acquitter en travail de sa dette de travail, apportait une manifeste dérogation.

17. Dès 1845, le rapporteur de la Chambre des pairs [1] ne soulevait pas d'objection à cet égard, mais il essayait de justifier la dérogation; voici en quels termes : « L'ouvrier qui a contracté « un engagement ne peut exiger la remise de son livret avant « d'avoir rempli cet engagement. Cette disposition, rapprochée de « celle qui interdit, sous peine pécuniaire et corporelle, l'entrée « de tout atelier à l'ouvrier privé de son livret, *paraîtra peut-* « *être rigoureuse;* quelques réflexions prouveront qu'elle est équi- « table. L'ouvrier s'engage librement, en pleine connaissance de « cause, pour un temps ou pour un travail déterminé. S'il quitte « son maître avant l'expiration de l'engagement, il lui cause un « préjudice grave, *pour lequel celui-ci n'a, au fond, qu'un re-* « *cours illusoire.* Toute police industrielle, toute régularité dans « le travail des ateliers serait détruite, et le maître se trouverait « lui-même dans l'impuissance de remplir ses propres obliga- « tions, s'il était permis aux ouvriers de ne pas tenir les leurs à « son égard. Vainement rappellerait-on que, *d'après les prin-* « *cipes du droit civil, l'obligation de faire ou de ne pas faire se* « *résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution de la part* « *du débiteur* (art. 1142); car quels dommages-intérêts le maître « peut-il réclamer contre ce travailleur, vivant, lui et sa famille, « d'un travail journalier? Ici se trouve engagé, à côté d'un in- « térêt privé, l'intérêt public qui veut que la production ne soit

[1] Cf. n° 45 note 3, ce que l'on peut appeler un argument historique à l'appui de cette interprétation courante de l'art. 1142.

[1] Rapport Beugnot *Moniteur*. 22 *mai* 1845 p. 1379 col. I.

Digitized by Google

« pas troublée au gré de quelques caprices particuliers. Nous « n'insisterons pas davantage, parce qu'il est évident que la dis- « position dont nous venons de parler sert de fondement à tout le « système de la loi. »

Deux arguments sont invoqués, pour écarter l'application de l'art. 1142, dans les rapports de patron à ouvrier : le premier, tiré de l'*intérêt privé* du patron qui, abandonné par son ouvrier, en cours de travail, subit un préjudice grave et n'a qu'un recours *illusoire*[2]; une observation suffit à le réfuter, c'est qu'il revient à dire que l'art. 1142 doit être écarté toutes les fois que le débiteur d'une obligation de faire est notoirement insolvable, hors d'état de payer des dommages-intérêts. A-t-on jamais songé à le soutenir? — Quant au second, tiré de l'*intérêt public*, des nécessités de la production industrielle, on verra plus loin[3] quel cas il convient d'en faire; une expérience prolongée l'a catégoriquement démenti.

En 1847, le rapport à la Chambre des députés[4] contiendra, lui aussi, une allusion formelle à l'art. 1142, mais beaucoup moins d'assurance dans la légitimité de l'exception que le droit de rétention du livret y apporte : « L'ouvrier qui a contracté un « engagement ne peut exiger la remise de son livret avant d'avoir « accompli cet engagement. Tels sont les termes dans lesquels « est conçu le § 1er de l'art. 6 du projet. Quand on les rapproche « de la disposition antérieure, qui interdit l'entrée de tout ate- « lier à l'ouvrier qui n'est pas muni de son livret, on serait dis- « posé à en tirer cette conséquence, que la loi met ainsi dans les « mains du maître un moyen d'assujettir l'ouvrier, malgré sa vo- « lonté, à un travail qui, *pour lui, ne pourrait jamais se changer* « *en dommage-intérêts, contrairement aux principes du droit* « *commun en ce qui concerne les obligations de faire* (art. 1142, « C. civ.). *Cette exception avait paru exorbitante* à quelques- « uns des membres de la commission. Les considérations tirées « de la nature particulière de l'engagement et de la position per-

[2] « Il est *dérisoire* de renvoyer le patron à se pourvoir par les voies de « droit commun, » dira-t-on de même en 1850 (n° 28 note 2 in-f.)

[3] N° 22 note 4 et n° 46.

[4] *Rapport Salveton* (Voy. n° 33 in-f.), *Moniteur* 16 juillet 1847 p. 2105 col. 1.

Digitized by Google

« sonnelle de l'ouvrier *n'auraient peut-être pas été suffisantes* « pour les déterminer à en accepter les conséquences rigou- « reuses..... »

Ces considérations *non déterminantes*, le rapporteur venait de les développer : suivant lui, le livret « ne peut être pour l'ouvrier « qu'*un instrument nécessaire de son travail et, par conséquent,* « *le signe représentatif ou plutôt le titre apparent de son unique* « *et véritable fortune*. Il devient ainsi, dans les mains du chef « d'établissement, un gage qui lui assure l'exécution des engage- « ments contractés par l'ouvrier. La position précaire de ce der- « nier le met dans l'impossibilité d'en offrir aucun autre, tandis « qu'il a lui-même, pour garantie des obligations contractées en- « vers lui, tous les biens du chef d'établissement, sur une por- « tion desquels l'art. 549, C. com., lui accorde un privilège. — « *L'égalité est donc parfaite entre les deux parties contractantes.* « Elle cesserait, au détriment du maître, dès le moment où il ne « serait plus dépositaire du livret [5]. »

Ce second essai de justification d'une dérogation à l'art. 1142, se confond avec le premier, en tant qu'il est fondé sur *la position précaire de l'ouvrier ;* c'est le *recours illusoire* du rapport Beugnot. Quant à l'argument tiré du privilège, que l'art. 549, C. com., mesurait si parcimonieusement à l'ouvrier, et qui appellerait réciproquement, *pour maintenir l'égalité*, une faveur au profit du patron [6], nous comprenons que le rapporteur ne le jugeât *peut-être pas suffisant* pour réduire les partisans de l'application du droit commun entre patrons et ouvriers; mais « ils « durent céder, » paraît-il, « à *deux raisons puissantes*, présen- « tées au sein de la commission, l'une *de fait*, l'autre *de droit*. » Nous les signalerons par la suite [7]; il suffit de dire ici que ces *deux raisons puissantes* ne constituent, à aucun degré, une *explication doctrinale*, *juridique* de la violation de l'art. 1142.

18. Il est notable qu'en dehors des deux documents que nous venons de discuter, on ne trouve, dans les débats parlementaires,

[5] Cf. Opinion Salmon, en 1851 n° 37 note 2 et opinion Levavasseur en 1854 n° 45).

[6] Il sera reproduit en 1851 Voy. n° 39 note 2.

[7] n° 21 note 2 et n° 22 note 3.

Digitized by Google

aucune allusion à une telle méconnaissance du droit commun. L'obligation pour l'ouvrier de fournir du travail en paiement de sa dette de travail, conséquence forcée du droit de rétention du livret, est un des points sur lesquels on a le plus tardé à protester. En 1846, dans les discussions à la Chambre des pairs, aucun des juristes, que nous aurons à citer bientôt, n'en parut choqué. Presque tous les orateurs touchèrent pourtant à cette question du dépôt du livret aux mains du patron, les uns pour le défendre comme avantageux pour l'ouvrier, lui permettant d'obte-« nir des avances de fonds dont ce dépôt et la première est la plus sûre garantie [1] », les autres pour le critiquer; mais les critiques ne partent pas du point de vue auquel nous venons de nous placer; elles reposent sur des considérations d'utilité pratique [2] ou principalement s'inspirent de l'égalité nécessaire, entre les deux parties au contrat de travail [3]. De même

[1] Ministre de l'agriculture et du commerce, séance, 11 février, *Moniteur* p. 345, col. 1. Cf. rapport Chégaray *Moniteur* 2 mars 1850 p. 738 col. 2 : le livret « doit être surtout envisagé comme un puissant moyen de crédit. »

[2] « Le maître fera des difficultés pour rendre le livret; l'ouvrier sera « ainsi exposé à perdre du temps, à aller devant un tribunal, un juge de « paix ou un conseil de prud'hommes pour faire vider la question » Séance, 10 février, p. 327, col. 1 et 2. — Le comte Daru observait encore (séance du 11 février, p. 342, col. 1) que le dépôt du livret obligeait l'ouvrier, à sa sortie de l'atelier, à aller le réclamer, exposant ainsi les deux parties « à « un contact forcé et nécessaire au moment où ce contact peut avoir les « effets les plus funestes. »

[3] Le comte Daru notamment (séance 11 février, p. 341) rappelait le principe « qui gouverne la transaction de l'entrepreneur et du travailleur » le principe de la liberté du travail et, comme conséquence, celui de l'égalité entre les deux contractants : « La situation est égale de part et d'autre; « leurs droits sont réciproques : ils traitent sur un pied d'égalité absolue, « sinon en fait, dans beaucoup de cas, au moins en droit, sinon en réalité, « du moins en principe. Je sais bien que les uns et les autres subissent sou-« vent l'empire des circonstances et n'ont qu'une liberté illusoire dans ces « transactions. Il n'en est pas moins vrai que ce principe est, depuis 1791, « la base sur laquelle repose notre régime industriel tout entier; qu'il ne « s'agit ici ni de la modifier ni de la réformer et que, tout au contraire, « nous devons en conserver soigneusement l'empreinte dans toute loi d'or-« ganisation du travail, dans toutes les institutions qui en dérivent.

« La loi sur laquelle nous délibérons observe-t-elle ce principe de l'éga-« lité de situation des deux parties contractantes? N'accorde-t-elle pas à « l'une une supériorité de position qu'elle refuse à l'autre? » L'orateur démontre que si la loi offre des garanties sérieuses pour le maître « *ce qu'il approuve entièrement* », elle n'en organise pas pour l'ouvrier (*Ibid.*, p. 342

Digitized by Google

en 1851, le rapporteur paraît trouver très naturel, analysant le contrat « fort simple » qui intervient entre le patron et l'ouvrier, que « comme gage de sa fidèle exécution des conventions arrê-

col. 1). C'est le maître « qui signe les congés s'il croit les engagements vis-« à-vis de lui remplis; dans le cas contraire, il reste dépositaire du livret « et ne donne pas quittance; il est, en premier ressort, juge et partie dans « les questions contentieuses qui peuvent surgir. » Quant à l'ouvrier, il « fait « toujours et forcément des avances de travail; on le paie, en effet, toutes « les semaines, tous les quinze jours, quelquefois tous les mois... quelle ga-« rantie lui donne-t-on si l'entrepreneur suspend ses paiements? » Résumé : « En droit, le maître est parfaitement garanti; en droit et en fait, l'ouvrier « ne l'est pas. L'un et l'autre ne sont pas évidemment traités sur le même « pied; leur situation, telle qu'elle résulte de l'art. 4 (du projet) n'est pas « pareille; les garanties ne sont pas semblables et réciproques. »

Hippolyte Passy, lui aussi, dans un discours qui serait tout à citer (*Ibid.*, p. 343, col. 3 et 4) reprochait au projet « de faire pencher la balance plus « d'un côté que de l'autre. » Il remarque que « au nombre des motifs qui « ont amené la présentation de la loi, figure celui de donner de la stabilité « aux engagements, c'est ce que dit l'exposé des motifs; et je crois qu'il dit « vrai à cet égard; je crois qu'en effet les engagements deviendront plus « formels et acquerront plus de durée. » Mais ce résultat ne sera atteint qu'à l'encontre de l'ouvrier, au profit des patrons; la loi a le tort de ne pas s'occuper du droit du patron, en vertu des règlements d'atelier, de congédier ses ouvriers, de ne pas le réglementer; résultat : par l'effet de la loi « l'un « sera plus complètement engagé et pour plus de temps, l'autre ne le sera « pas plus qu'il ne l'est aujourd'hui. » Plus loin : « Ce serait chose regret-« table si l'ouvrier plus engagé ne trouvait pas qu'on le fût envers lui da-« vantage aussi et vit son maître libre de le congédier avec plus de facilité « qu'il n'en garderait lui-même pour obtenir de porter son travail hors de « la manufacture à laquelle il l'aurait engagé pour un laps de temps donné. »

Observation qu'un autre pair présentait ainsi (*Ibid.* p. 344, col. 2 « Il y « aura contrat, mais contrat obligeant l'un, enchaînant l'un et laissant l'autre « avec toute sa liberté. Est-ce juste? Est-ce politique? »

Hippolyte Passy remarquait encore que les réclamations qui avaient inspiré le projet du gouvernement n'étaient pas « si dégagées d'intérêt per-« sonnel qu'on se plait à le dire. Ainsi un conseil général voit dans l'exten-« sion du livret à tous les ouvriers agricoles ou industriels un moyen d'em-« pêcher les agriculteurs d'être abandonnés par leurs ouvriers allant cher-« cher de meilleurs salaires dans les manufactures, et les manufactures, dans « les moments de ralentissement du travail, d'être désertées par leurs ou-« vriers, allant chercher du travail aux champs, trouvant librement dans « l'agriculture où ils ne sont pas tenus d'exhiber un livret en règle, un dé-« bouché et des salaires. Y aurait-il justice à chercher, à l'aide d'une dis-« position quelconque, à empêcher le journalier d'aller chercher de l'ouvrage « là où on le lui paie le plus chèrement?... Bien libre à l'ouvrier d'aller où « il veut; il peut se tromper il se trompe souvent, car il n'est pas toujours « assez éclairé sur ses véritables intérêts, mais bien libre à lui, quand il « croit qu'il va obtenir de meilleurs salaires, gagner davantage dans une

Digitized by Google

« tées entre eux, l'ouvrier dépose son livret entre les mains de « celui qui l'emploie... » Si « l'ouvrier n'a pas travaillé chez le « patron le temps dont ils sont formellement convenus, *les choses « restent ce qu'elles étaient, les engagements conclus continuent*

« autre industrie que dans celle qu'il exerce, bien libre à lui d'y aller; que « cela soit incommode à ceux qui l'emploient, je le conçois... Ce n'en est « pas moins un droit pour l'ouvrier. » Au fond, qu'y a-t-il sous ces réclamations d'un conseil général? « Le sentiment des gênes causées par la li- « berté d'aller et de venir de l'ouvrier, le sentiment des intérêts d'une classe, « le désir de la faire prévaloir exclusivement et nulle attention à ce que l'ou- « vrier réclame... » Ce ne sont pas là des conjectures, mais des faits qui permettent de voir « qu'il importe essentiellement que la balance soit « égale que la loi ne lui permette pas de pencher d'un côté plus que de « l'autre. »

Ces critiques ne l'emportèrent pas; le projet de 1846 maintint le *droit de rétention* du livret. Le ministre du commerce, Cunin-Gridaine, protestait contre toute idée d'une inégalité créée entre le patron et l'ouvrier, il se déclarait même convaincu que si des difficultés s'élèvent entre eux « tous les avantages » sont pour l'ouvrier; car si l'ouvrier, quoique débiteur d'avances « entraîné par des promesses trompeuses, des espérances exagérées » veut quitter son patron « quels seront les moyens d'action de celui-ci? La pratique « de tous les jours nous l'enseigne : le patron reconnaîtra qu'il ne peut pas garder « chez lui un ouvrier qui ne veut pas y rester; qu'alors même qu'il voudrait « *le forcer à travailler* pour s'acquitter des avances reçues, il n'en tirerait « qu'un mauvais ouvrage, et il aura beaucoup plus à gagner à renoncer à « tout espèce de rapports avec lui. — En est-il de même de l'ouvrier? Non « sans doute; si le maître voulait le renvoyer avant l'expiration de l'enga- « gement, l'ouvrier exerce contre lui une action en dommages-intérêts; c'est « son droit, c'est le moyen de sanction de toutes les conventions et la loi « est égale pour tous; elle sera appliquée au maître, tandis que, en réalité, « l'ouvrier échappe à l'exécution de ses obligations. » (*Ibid.*, p. 345, col. 2).

« Teste (*Ibid.*, p. 345, col. 2) recourait à une argumentation différente; suivant lui le dépôt du livret entre les mains du patron était loin d'empirer la condition faite à l'ouvrier par le Code civil. « On fait appel à l'égalité « des conditions; on se demande quelle est aujourd'hui, d'après le droit « commun, la condition de l'ouvrier vis-à vis du maître; les dispositions de notre droit civil ne sont pas nombreuses, il n'y en a qu'une : le contrat « de louage d'ouvrage, d'après le droit civil, est *tout entier* renfermé dans « une disposition unique et cette disposition, remarquez-le bien, *sous tous « les rapports*, la durée du service (?), le paiement du salaire, *met l'ouvrier à « la pleine merci de celui qui l'emploie*. Le maître en est cru sur sa parole. « Voilà la condition actuelle. » En face d'un tableau pareil, le dépôt du livret ne pouvait plus apparaître que comme une solution normale (*Ibid.*) « *C'est une sorte de lien qui n'a rien d'humiliant, rien d'oppressif, rien de « vexatoire, qui attache l'homme, non pas à un autre homme, mais à l'ate- « lier où il est employé, où il se procure ce qui lui est nécessaire pour lui et « sa famille.* »

Digitized by Google

« *à obliger l'ouvrier*, et le patron garde le livret jusqu'à ce qu'ils « soient enfin exécutés [4] ».

Trois ans plus tard, dans l'exposé des motifs de la loi de 1854, où nous avons rencontré déjà le nom de Michel Chevallier, on proposera de même de consacrer comme « règle absolue » le dépôt du livret entre les mains du patron et on ajoutera : « Il n'y « là rien qui ne soit *parfaitement équitable*. Le livret est, en « effet, le seul titre qui puisse assurer au chef d'établissement « l'exécution des obligations contractées par l'ouvrier [5] ».

Étrange atrophie, peut-on dire, du sens juridique qui fait proclamer parfaitement équitable une garantie efficace, sans laisser place au soupçon qu'elle est la négation d'un principe fondamental. On peut voir par là, comme par l'opinion émise par Teste (note 3 ci-dessus *in-f.*), si les rédacteurs du Code civil auraient fait œuvre inutile en consacrant un texte exprès du titre du Louage à reproduire l'art. 1142; mais ils n'ont pas voulu inscrire dans la loi civile un article qui pût contredire la prescription d'un arrêté de police industrielle : leur silence prudent a empêché la contradiction entre la loi industrielle et la loi civile d'être aperçue [6], non d'exister; il a servi de voile discret à une situation juridique qui n'en est pas moins exorbitante.

19. C'est en tant que garantie des créances d'avances du patron que le droit de rétention du livret a paru plus tôt critiquable. Sur ce point le législateur français a recouvré plus tôt ce que l'on peut appeler le sens du droit commun.

Tout d'abord on a discuté sur l'étendue de ces avances garanties par le droit pour le patron de retenir le livret, d'après l'art. 7, c'est-à-dire en réalité de contraindre l'ouvrier à travailler à son profit jusqu'à entier acquittement; on a émis l'idée que ce n'étaient pas toutes les avances faites par le patron, mais seulement celles qui « représentent avec une égalité parfaite le salaire « de l'ouvrage objet de l'engagement de l'ouvrier » et non celles

[4] 2e Rapport Salomon, Sirey, L. A. 1851, p. 64, col. 3.

[5] C'est pourtant la loi de 1854 qui a supprimé le droit de rétention du livret par le patron (art. 6). Nous verrons plus loin quels motifs ont conduit à cette solution qui n'était pas dans la pensée des auteurs du projet.

[6] Nous faisons exception pour les rapports Beugnot et Salveton en 1845 et 1847 (n° 16 note 1).

Digitized by Google

qui « dépassent le chiffre du salaire. » Si les avances sont supérieures au salaire du travail promis, et que, le travail fini, l'excédent des avances sur le prix du travail n'ait pas été remboursé, le patron n'aurait plus le droit de refuser la remise du livret. Le droit de rétention, la faculté pour le patron d'obliger l'ouvrier à payer en travail, n'existeraient pas pour toutes les dettes d'avances de l'ouvrier envers le patron, mais seulement pour celles dont l'objet immédiat serait le travail stipulé au contrat. — Voici comment le 2e rapport Salmon [1] établit cette distinction. « Qu'est-ce que l'avance que l'ouvrier reçoit en contractant son « engagement et qui représente, avec une égalité parfaite, le sa- « laire de l'ouvrage objet de cet engagement? Un paiement anti- « cipé de ce salaire. Dès lors tout est dit quand l'ouvrage est ter- « miné. Chacun ayant rempli ses obligations, la compensation de « la dette de l'ouvrier et de celle du patron s'est opérée d'elle- « même, et ils n'ont plus réciproquement rien à se réclamer. — « Mais si l'avance dépasse le chiffre du salaire, l'excèdent *n'est* « *qu'un simple prêt*, dont le travail commandé peut être l'occa- « sion, mais dont il ne saurait être la garantie, puisque le salaire « qu'il représente répond déjà à cette part des avances dont « celle-ci n'est que le reliquat. Comment dans cet état de choses, « le livret qui est le titre de la profession, servirait-il de gage à « une obligation qui n'a jamais eu au fond et ne saurait conser- « ver jusqu'à ce point, dans la forme, le caractère professionnel? » — Le rapport Chégaray, sur la prise en considération, [2] faisait très-nettement cette distinction entre les avances qui doivent rentrer dans le droit commun « celles que le patron fait à découvert « et qui, étrangères au louage d'ouvrage, *ne constituent qu'un prêt* « *ordinaire*, en faveur duquel il n'existe aucune cause de privi- « lège, » — et les avances « faites sur le contrat » pour lesquelles se justifie le droit de rétention du livret garantissant l'exécution du contrat.

Constatons tout d'abord que cette distinction subtile, digne d'un praticien romain cherchant à corriger, par une interprétation bénigne, les rigueurs du *jus civile*, — distinction qui devait

[1] Sirey, L. A. 1851, p. 65, col. 1.
[2] *Moniteur* 2 *mars* 1850 *p.* 738 *col.* 2.

Digitized by Google

passer dans l'art. 2 de la loi du 14 mai 1851, — révèle une sagacité, une pénétration juridique qui aurait dû pousser ses auteurs un peu plus loin, nous voulons dire jusqu'au souvenir de l'art. 1142.—C'était chercher bien loin un motif pour refuser au patron le droit de se faire rembourser, *en travail*, les avances excédant le salaire, alors qu'il y avait une raison décisive, évidente à nos yeux, pour lui dénier ce droit exorbitant, en tous cas, pour les avances dans les limites du salaire comme pour l'obligation elle-même de travailler le temps fixé.

Ajoutons que la question de savoir si l'arrêté de frimaire comporte une telle distinction est des plus douteuses. Le rapporteur de la loi 1851 la discutait; partisan de l'affirmative, il reconnaissait néanmoins que son interprétation était « sans cesse contestée » et pouvait toujours être « remise en question »; il proposait donc de faire disparaître « le doute et l'équivoque » en la consacrant formellement; tel est l'objet des art. 2, 3 et 6 de la loi 14 mai 1851 [3] dont l'art. 1 porte: « les art. 7, 8 et 9 de l'arrêté « du 9 frimaire an XII sont *modifiés* ainsi qu'il suit... » Le texte de la loi proclame donc lui-même qu'il y a innovation.

[3] Ainsi conçus : art. 2. — L'ouvrier qui a terminé et livré l'ouvrage qu'il s'était engagé à faire pour le patron; qui a travaillé pour lui pendant le temps réglé, soit par le contrat de louage, soit par l'usage des lieux; ou à qui le patron refuse de l'ouvrage ou son salaire, a le droit d'exiger la remise de son livret et la délivrance de son congé, *lors même qu'il n'a pas acquitté les avances qu'il a reçues.*

Art. 3. — De son côté, le patron, qui exécute les conventions arrêtées entre lui et l'ouvrier, a le droit de retenir le livret de celui-ci *jusqu'à ce que le travail, objet de ces conventions, soit terminé et livré*, à moins que l'ouvrier, pour des causes indépendantes de sa volonté, ne se trouve dans l'impossibilité de travailler ou de remplir les conditions de son contrat.

Art. 6. — Les art. 7, 8 et 9 de l'arrêté du 9 frimaire an XII continueront, néanmoins, à recevoir leur exécution pour le montant des avances dues par les ouvriers à leurs patrons antérieurement à la promulgation de la présente loi, *sans que, en aucun cas, les livrets puissent être retenus pour assurer le remboursement de ces avances*, ou que les patrons puissent se refuser à le recevoir en argent. — A cet effet, le montant de ces avances sera arrêté et inscrit sur le livret de l'ouvrier. L'inscription ainsi faite sera légalisée par le président du conseil des prud'hommes, ou, à son défaut, par le juge de paix dans le délai de deux mois, à partir de la promulgation de la présente loi. — Toutes les avances qui n'auront pas été constatées, suivant les formes et dans les délais énoncés dans le paragraphe précédent, seront soumises au droit commun.

Digitized by Google

20. Passons aux conséquences du droit de rétention du livret, sous l'empire de l'arrêté de l'an XII, dans les cas que nous venons de préciser ; elles pouvaient être des plus graves.

Un patron, désireux de s'attacher un ouvrier habile, en a le moyen ; il pourra même tourner l'art. 1780. C. civ. et l'art. 15 de la loi 22 germinal an XI : il n'a qu'à faire à cet ouvrier, sur son salaire, des avances un peu considérables, telles qu'il faudra supposer un très long temps de travail pour que l'ouvrier puisse recouvrer sa liberté. Ce n'est point là une hypothèse chimérique : nous lisons dans le rapport du comte Beugnot à la Chambre des pairs, en 1845 [1] : « Un ouvrier dont le livret est *chargé d'avan-* « *ces* [2], trouvant difficilement à se placer, reste chez son maître, « aux conditions qu'il plaît à celui-ci de lui imposer et pour un « temps illimité, en telle sorte que *la loi qui restreint à un an* « *la durée des engagements et le principe de la liberté des* « *contrats sont également violés* au nom de la bienveillance et de « la générosité. Le malheureux ouvrier, qui n'a pas craint de « faire quelques pas dans la voie des emprunts, ne peut bientôt « plus s'acquitter, *et devient, il faut le dire, l'esclave de son* « *maître*... Il existe... des maisons que l'honneur et la bienfai- « sance dirigent, où des avances sont faites aux ouvriers, quand « ils sont blessés..., mais les chefs de ces établissements se gar- « deraient d'inscrire sur le livret des avances de ce genre... Il en « est d'autres où le maître *spécule sur les vices de l'ouvrier*, et « *l'enchaîne à son atelier par des facilités trompeuses*. La « Chambre comprendra l'étendue de ce mal, quand elle saura « que dans plusieurs villes manufacturières les avances montent « à la somme totale de 3 ou 400000 francs par an. Il en est une... « où des ouvrières en dentelles, gagnant 40 cent. par jour, re- « çoivent des avances de 300 francs. Que d'années ne leur fau- « dra-t-il pas pour reconquérir la liberté de leur travail ? [3] »

[1] *Moniteur* 22 mai 1845 p. 1379 col. 1.

[2] Le rapporteur se place plus spécialement au point de vue du droit pour le patron d'inscrire les avances par lui faites *sur le livret qu'il ne retient pas*; nous étudierons ce droit dans notre § 3, mais nous pensons que ce que dit le rapporteur s'applique *a fortiori* au droit du patron de retenir le livret jusqu'au remboursement en travail des avances.

[3] Villermé, dans son *rapport sur l'état physique et moral des ouvriers*.

Digitized by Google

On a contesté que l'arrêté de l'an XII permît, d'éluder la disposition de l'art. 1780, C. civ. Le rapport Chégaray, déjà cité[4], constate et condamne l'abus des avances; il le dénonce comme « un moyen d'embauchage »; d'après lui, « il n'est pas rare de « voir des commissionnaires, courtiers et d'autres intermédiaires, « avancer 300, 500 et même 1000 fr. à un ouvrier, pour l'enle- « ver à son patron et *l'astreindre pour l'avenir à une situation « dépendante.* » Il écrit ensuite : « L'art. 1780, C. civ. porte « qu'on ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une en- « treprise déterminée. C'est là une loi d'ordre public à laquelle « les conventions particulières ne peuvent déroger et qui domine « tous les contrats susceptibles d'intervenir entre patrons et ou- « vriers. On ne peut faire par voie indirecte et détournée ce que « la loi défend de faire directement. Que si, par un abus des fa- « cilités introduites par l'arrêté de l'an XII, certains patrons avi- « des ou peu délicats sont parvenus à enchaîner de fait et pour « un temps indéterminé la liberté personnelle de leurs ouvriers, « ce sont là des stipulations frauduleuses, contraires au principe « d'ordre public posé par l'art. 1780 C. civ. et dont les magis- « trats compétents peuvent et doivent rechercher et constater le « véritable caractère, pour en prononcer la nullité aux termes « des art. 1353 (?) 1133 et autres du même Code. » Le rapporteur gardait, il est vrai, quelque doute sur la valeur de son argumentation, car il ajoutait aussitôt « *peut-être* pourrait-il être « convenable de rappeler à cet égard aux juges de paix et aux « Conseils de Prud'hommes l'étendue de leur droit et de leur de- « voir; *peut-être pourrait-il être utile* de compléter les dispo- « sitions de l'arrêté de l'an XII, en *rappelant législativement « qu'elles doivent se coordonner avec le principe supérieur de « l'art. 1780 C. civil.*

Mais le principe de l'art. 1142 est bien, lui aussi, un *principe supérieur*; comment le *coordonner* avec les dispositions de l'arrêté? — L'erreur consiste à croire que l'arrêté de l'an XII n'est

(Mémoires de l'Académie des Sciences morales 2e série t. II p. 422) venait, en 1837 de consacrer un chapitre aux *abus des avances* d'argent faites sur les *salaires des ouvriers* (Cf. n° 33 note 4).

[4] *Moniteur* 2 mars 1850 p. 738 col. 2.

Digitized by Google

qu'une application du droit commun, alors qu'il en est la négation; les rédacteurs du Code Civil ne le reconnaissaient-ils pas en effaçant l'art. 77 du Projet? (nº 14 ci-dessus). Aussi croyons nous que cette interprétation bénigne est restée isolée, et, par exemple, la même année[5] le Ministre du Commerce Dumas la repoussait bien, lorsqu'il écrivait dans l'exposé des motifs d'un projet nouveau : « *Vainement la loi a-t-elle fixé à un an la durée* « *de l'engagement que l'ouvrier peut consentir*; grâce à l'impru- « dente faculté qu'elle lui donne et au privilège illimité qu'elle « confère au patron, *il se trouve avoir aliéné son indépendance* « *pour un temps indéfini.*

21. Autre conséquence : l'ouvrier doit payer en travail, contrairement à l'art. 1142, « si son patron l'exige. » Il est possible que quelque argent lui soit advenu par un coup du sort, ou grâce au crédit que lui vaut son habileté ou sa bonne réputation : pourra-t-il se libérer en offrant à son patron le paiement effectif, comptant de tous dommages-intérets et le remboursement de ses avances ? Non ! le patron répondra victorieusement, avec l'art. 7 de l'arrêté de l'an XII, que son ouvrier ne peut pas le payer *en cette monnaie.*

Et la raison industrielle de cette rigueur est facile à découvrir quand on observe — nous l'avons fait (nº 18 note 3)—avec Hippolyte Passy que le but du livret est de donner de la fixité aux engagements du travail. Cette fixité, tant recherchée, a pour ennemi, non-seulement le goût de l'ouvrier nomade pour les changements d'atelier (celui-là n'accepte pas de se lier *ad tempus*), mais encore et surtout la *concurrence* des autres patrons, de ce voisin « sans honneur », à entendre Regnault de Saint-Jean d'Angély, qui, pour attirer un ouvrier, lui offrira les fonds nécessaires pour payer des dommages-intérêts à son patron actuel, si le paiement en deniers de ces dommages-intérêts est possible.

Ecarter l'art. 1142, c'était donc un moyen de mettre les patrons à l'abri du péril de la concurrence dans la demande du travail[1]. Ne voyons-nous pas aujourd'hui le parti, dit ouvrier, réclamer

[5] *Moniteur*, 11 juin 1850, p.2011.

[1] C'est ce que nous avons vu déjà présenté comme une protection pour l'ouvrier (nº 11, note 3).

Digitized by Google

une protection légale contre le péril de la concurrence dans l'offre du travail ? Que la parole reste également libre aux intérêts privés rivaux, mais que le législateur se garde d'entendre seulement les uns ou les autres ; sinon il court à l'*injustice*. Le mot, appliqué à la deuxième conséquence indiquée du droit de rétention du livret, n'est pas de nous :

« L'art. 7 de l'arrêté du 9 frimaire an XII établit que l'ouvrier « *est tenu de payer ses avances en travail*, si le maître l'exige ; « de sorte que, si par un hasard heureux, l'ouvrier avait recueilli « la somme nécessaire pour *s'acquitter en argent*, le maître « *pourrait refuser le paiement ainsi offert et l'exiger en travail*. « La jurisprudence s'est appliquée à repousser une disposition « de loi aussi vicieuse [2] ; les jurisconsultes ont dit qu'en vertu du « Code civil on ne pouvait pas s'engager à plus d'un an[3] ; que les

[2] Cette jurisprudence est, pensons-nous, celle que citera le rapporteur de la Chambre des Députés, en 1847, et dans laquelle il prétend trouver l'argument *de droit*, l'une *des deux raisons puissantes* (cf. n° 17 inf.) qui aurait désarmé, dans la commission, les adversaires de toute exception au principe de l'art. 1142 : « *En droit*, il paraît certain que la jurisprudence « presque unanime des prud'hommes avait adouci dans la pratique ce que « cette règle » (le droit pour le patron d'exiger, contrairement à l'art. 1142, son payement en travail) « *présentait de trop rigoureux en principe. Cependant elle était écrite dans l'arrêté de l'an XII en termes bien impératifs*, « puisqu'il y est dit que l'ouvrier ne pourra exiger la remise de son livret « qu'après avoir acquitté sa dette *par son travail* et remplit ses engage- « ments. — Les termes de la loi nouvelle sont loin de présenter le même carac- « tère ; non seulement elle ne reproduit pas *l'obligation imposée à l'ouvrier « de payer sa dette par le travail*, mais elle renferme des dispositions for- « melles qui sanctionnent pour le passé, et favorisent pour l'avenir la juris- « prudence dont nous venons de parler..... »

Nous avons eu le regret de ne pas découvrir à Lyon le *Moniteur des Conseils de Prud'hommes*, cité, (1re année p. 119, 187, 189). Mais il n'est point nécessaire de vérifier ces décisions, pour constater qu'elles ne peuvent pas constituer une justification *juridique* de la violation par l'arrêté de l'an XII du principe de l'art. 1142. On assure qu'elles ont écarté une conséquence, la plus grave, de cette violation ; le projet de 1846, législativement, en fait autant... Soit ! C'est une amélioration, c'est l'effacement d'un abus, ce n'est pas la démonstration *en droit* que l'art. 1142 était respecté. Car l'application normale de ce texte permettrait à l'ouvrier d'échapper à la nécessité *de s'acquitter en travail*, non seulement s'il offre le paiement en argent de dommages-intérêts, mais aussi s'il ne peut pas payer, s'il est insolvable ; pour s'en convaincre, qu'on se reporte à l'observation de la section du Tribunal n° 14 note 5.

[3] Voy. Rapport Villermé précité p. 429, invoquant l'art. 15 de la loi de

Digitized by Google

« avancés dont le remboursement demande plus d'un an de tra-
« vail équivalaient à une seconde année d'engagement. Ils ont
« fait tous leurs efforts et ils n'ont pas réussi. Et aujourd'hui,
« cette jurisprudence existe , elle est appliquée par les conseils
« de prud'hommes et confirmée par les tribunaux de première
« instance. Nous avons fait tomber *ce que j'appellerai une injus-*
« *tice de la loi antérieure* [4]. »

Même préoccupation chez les auteurs de la loi du 14 mai 1851 ; son art. 6, porte que l'arrêté de frimaire continuera à régir les avances dues par les ouvriers, antérieurement à la promulgation de la loi, mais « *sans que, en aucun cas, les patrons puissent se* « *refuser à recevoir le remboursement des avances en argent.* »

22. Tel était le droit de rétention du livret, organisé un mois avant la discussion des articles du Code civil sur le louage des ouvriers, de cet art. 104 du projet initial, dont la brusque disparition ne peut guère surprendre après nos explications. Elles ont été détaillées, parce que nous nous trouvions en présence d'une violation du droit commun, aussi grave dans son principe que par ses conséquences pratiques, et qui est restée cependant comme inaperçue dans notre législation pendant un demi-siècle : ce n'est qu'en 1854, nous l'avons dit (n° 18 note 5), que le dépôt du livret entre les mains du patron a cessé d'être pour lui un droit.

En fait, cette longue inconscience ou indifférence de notre législateur s'explique : ce n'est pas par le droit de rétention que les plus grands abus du livret se sont produits. L'art. 1142, sous sa formule d'apparence toute théorique, cache une vérité d'expérience; il protège la liberté individuelle du débiteur, sans doute, mais il renferme aussi comme un avis à l'adresse du créancier d'une obligation de faire, à savoir que, par la contrainte, il n'obtiendrait jamais une exécution satisfaisante de son débiteur récalcitrant. Le rapporteur de la loi de 1851 le reconnaissait, dans la mesure où le *travail forcé* de l'ouvrier avait pour but le rem-

germinal, en ce sens. Nous avons dit (n° 20) que cet art. 15 et l'art. 1780 C. civil doivent être rapprochés. — Cf. opinion Chégaray (n° 20).

[4] Discours du comte Beugnot à la Chambre des pairs séance 12 février 1846. *Moniteur* p. 357 col 7.

Digitized by Google

boursement des avances; ce qu'il disait nous semble la raison même et peut s'appliquer tout aussi bien à l'accomplissement de l'obligation de travail : « La plupart des patrons en ont fait l'ex-« périence : il y a pour eux plus de dommage que de profit *à* « *retenir malgré lui dans la fabrique l'ouvrier* (qui a rempli « ses principaux engagements); il a mille moyens, sans compter « la malfaçon[1], de fatiguer la patience du patron (qui voudrait lui « faire rembourser d'anciennes avances par un nouveau travail). « La pratique des hommes qui ont vieilli dans la conduite des « usines et des ouvriers, s'est entendue ici avec la réflexion et « la logique pour nous conseiller une solution (celle des art. 2, « 3 et 6 de la loi 1851) que nous croyons plus conforme aux vé-« ritables intérêts du fabricant. »

Telle avait été, dès 1846, l'observation du ministre du commerce[2], lorsqu'il protestait contre le reproche adressé à la législation du livret de créer une inégalité entre l'ouvrier et le patron et montrait l'ouvrier l'emportant toujours contre le patron[3].

Telle était, en 1854, l'opinion de Paul Dupont[4] demandant « que le livret restât toujours entre les mains de l'ouvrier. De-« puis 40 ans, l'honorable membre vit au milieu des ouvriers;

[1] Cf. Art. 9 arrêté précité du 16 fructidor au IV. « S'il arrivait qu'un ou-« vrier, pour forcer le fabricant à le congédier avant le temps, *gâtât son* « *ouvrage par mauvaise volonté*, et qu'il en fût convaincu tant par la « comparaison de ses autres ouvrages que par les dépositions des autres ou-« vriers travaillant dans le même moulin (*papeteries*), il sera condamné, ou-« tre le dédommagement, à la même peine que s'il avait quitté le fabricant « sans congé. » Reproduction de l'art. 50 d'un règlement du 29 janv. 1739.

[2] N° 18, note 3, citation Cunin-Gridaine.

[3] Telle était la considération *de fait* présentée, dans le rapport Salveton (n° 17), comme ayant triomphé des objections tirées de l'art. 1142 : « *En* « *fait*, dès qu'un ouvrier manifeste l'intention de quitter l'atelier où il tra-« vaille, loin d'avoir intérêt à le retenir malgré lui, le maître a les plus « graves motifs d'agir dans le sens contraire, et de hâter le moment où « cette résolution pourra être exécutée. En effet, l'ouvrier qui est dans cette « situation d'esprit travaille moins et moins bien, parce qu'il travaille sans « goût. Les effets de sa préoccupation involontaire peuvent occasionner des « pertes considérables au chef d'établissement. Que sera-ce donc si le mé-« contentement et la vengeance viennent y joindre des fautes préméditées, « qui cependant ne peuvent être ni prévenues ni réparées ? *Il n'y a donc pas* « *sous ce rapport, de craintes sérieuses à concevoir pour la liberté de l'ou-« vrier.* »

[4] *Moniteur* du 2 juin 1854, p. 603.

Digitized by Google

« *il n'a jamais vu que le livret fût entre les mains du patron* « *une garantie.* »

On peut s'étonner dès lors que jusqu'en 1854, on ait gardé dans notre législation une disposition si contraire aux principes généraux du droit et si inutile. Les politiques diront : c'était plus qu'une injustice, c'était une maladresse[5].

D'ailleurs, l'arrêté de frimaire organisait au profit des patrons une autre garantie, d'un usage plus courant, semble-t-il : c'est la dernière qui nous reste à étudier et à comparer aux règles de la loi civile, du droit commun.

§ 3.

Sommaire. — 23. Art. 8 et 9, arrêté 9 frimaire an XII : garantie pour les créances d'avances du patron résultant de leur inscription sur le livret ; — 24. Comparaison avec la saisie-arrêt. — 25. Critiques de Portalis, en 1846. — 26. La négation du droit dans les rapports entre patrons et ouvriers. — 27. Critiques de Persil, en 1846 ; autre exception au droit commun. — 28. Résumé et conclusion.

23. Le patron, créancier d'avances, signe le congé d'acquit de l'ouvrier, soit parce qu'il y est obligé, soit parce qu'il le veut bien ; l'arrêté de frimaire ne le laisse pas sans secours : il n'a qu'à inscrire le chiffre de sa créance sur le livret (art. 8) et tous les patrons qui emploieront l'ouvrier par la suite devront (art. 9) opérer à son profit, sur les salaires de l'ouvrier, une retenue des deux dixièmes. — L'art. 9, dit même expressément que le patron « qui aura exercé la retenue sera tenu d'en prévenir le « maître au profit duquel elle aura été faite et d'en tenir le mon- « tant à sa disposition. »

La chaîne, résultant de l'acceptation imprudente par l'ouvrier de fortes avances, — se rompt par le fait du patron qui n'exécute pas le contrat, ne fournit pas de travail, ne paie pas le salaire, — ou se relâche par sa volonté bienveillante, il n'use pas de son droit de retenir le livret... mais elle est lourde encore : jusqu'au

[5] Nous lisons dans le rapport Salveton, déjà cité, (*Moniteur* 1847 p. 2103 col. 3). « Tout ce qui gêne le travail individuel est aussi contraire a l'inté- « rêt public qu'à l'intérêt privé, et *la bonne politique se trouve ici d'accord* « *avec le droit rigoureux* pour donner le conseil de briser, partout où on « pourra le faire sans danger, les entraves qui sont de nature à en ar- « rêter l'essor. »

Digitized by Google

remboursement intégral de sa dette, l'ouvrier est condamné à ne vivre que des huit dixièmes de son salaire; les deux autres sont affectés au paiement du patron. C'est là ce qui permettait au projet Dumas en 1850 (nº 20 *in-f.*) de signaler ce *privilège illimité* du patron, comme un moyen d'éluder l'art. 1780 C. civ. L'exposé des motifs ajoutait : « tandis que la loi civile ne per« met pas au propriétaire qui emprunte d'hypothéquer ses biens « à venir, l'ouvrier peut librement affecter au remboursement de « ses dettes, jusqu'à une somme indéterminée, un salaire qui ne lui est pas acquis. »

Sans doute, il y a là, renouvelée des règlements et usages anciens, une garantie sérieuse et très-pratique pour les patrons; il y a encore un encouragement pour eux à faire des avances modérées à l'ouvrier pressé par le besoin, dans un moment de crise, de gêne temporaire, — encouragement aussi aux avances exagérées dont le but est de lier l'ouvrier à l'usine, — stimulant donc et pour la bienfaisance (qui n'en a pas besoin) et pour l'exploitation de l'ouvrier (trop ingénieuse à en profiter). Mais, laissant de côté les avantages ou les abus[1] qui peuvent résulter de cette garantie spéciale imaginée au profit du patron, envisageons-la au point de vue doctrinal, rapprochons-la des règles normales du droit des créanciers.

24. Si elle n'avait pas été organisée par l'arrêté de frimaire, quelle eût été l'arme du patron, créancier d'avances pour atteindre les salaires gagnés par l'ouvrier qui l'a quitté? Quoique le titre VII du livre V du Code de procédure (art. 557 et s.) n'ait été décrété que le 21 août 1806, la saisie-arrêt n'était pas inconnue en 1803, elle se pratiquait dans des hypothèses et suivant des formes sensiblement les mêmes que celles du Code de procédure; le patron n'avait donc qu'à former opposition au paiement des salaires de l'ouvrier; dans les limites où les salaires n'auraient pas été considérés comme une créance alimentaire[1] pour l'ouvrier, cette opposition eût été valable, sauf

[1] Nous les retrouverons dans notre 3e partie.

[1] Il faut rappeler que la loi du 21 ventôse an IX (12 mars 1801) venait de déclarer « les traitements des fonctionnaires publics et employés civils « saisissables jusqu'à concurrence du *cinquième* sur les premiers 1,000 fr.

Digitized by Google

le concours des autres créanciers de l'ouvrier. — Voilà le droit commun et on pourrait dire que l'arrêté de frimaire y dérogeait simplement en ceci, que l'inscription faite par le patron, sur le livret, de sa créance d'avances, équivalait, à son profit, à une saisie-arrêt entre les mains de tous les employeurs ultérieurs de l'ouvrier.

Il est vrai que, même présentée sous cet aspect juridique, le droit d'inscription des avances sur le livret et de retenue de deux dixièmes sur les salaires à venir, est une faveur caractérisée : les formes de la saisie-arrêt, qui ont pour but d'empêcher toute surprise du saisi, de sauvegarder son droit de défense, sont supprimées dans l'intérêt exclusif d'un créancier, le patron, visiblement privilégié. Mais ce résultat n'était-il pas logique dans une législation qui allait s'en remettre à la parole du patron pour la quotité et le paiement du salaire? (art. 1781, C. civ.). L'inscription au livret n'est qu'une affirmation écrite du maître; elle fait foi de sa créance; elle vaut titre exécutoire et exploit de saisie-arrêt.

Nous nous efforçons d'expliquer, en droit, les solutions des art. 8 et 9 de l'arrêté de frimaire; nous ne sommes pas les premiers à imaginer ou à tenter ces explications juridiques.

25. En 1846, l'art. 7 du projet, soumis à la Chambre des pairs, reproduisait ces dispositions, en les atténuant largement; mais le principe était maintenu : le droit d'inscription des avances sur le livret aboutissant à un droit de retenue sur les salaires; à quoi un jurisconsulte dont la compétence ne pouvait être récusée [1], objectait : « Les dispositions de l'art. 7 me semblent *tout à fait excep-*

« et toutes les sommes au-dessous... » Le décret du 19 pluviôse an III, réservait également aux créanciers des officiers et employés dans les armées un *cinquième* de la solde. — La retenue de deux dixièmes de l'arrêté de l'an XII, ressemble à ces dispositions, au moins par l'identité du chiffre. Quant à la question de savoir si, en 1803, les salaires étaient, de droit commun, saisissables ou non, avaient ou non un caractère alimentaire et dans quelle mesure, nous ne nous proposons point de la résoudre. Sous l'empire du Code de procédure civile, aujourd'hui même, elle divise les meilleurs esprits (cf. M. Glasson, *Le Code civil et la question ouvrière*, p. 42-43 et M. A. Desjardins, *Le Code civil et les ouvriers*, *Revue des Deux-Mondes*, 15 mars 1888, p. 383-384). La proposition de loi sur l'*insaisissabilité des salaires* (Ch. 27 octobre 1887, annexe n° 2066, p. 517) a été prise en considération le 7 juin 1889.

[1] Portalis, séance 12 février 1846, *Monit.*, p. 357, col. 1-2.

Digitized by Google

« *tionnelles et en dehors du droit commun.* C'est la première fois, « à ma connaissance, qu'on autorise l'intervention d'un tiers entre « le créancier et le débiteur pour l'acquittement de la créance. Il « est possible qu'il y ait des motifs spéciaux dans la matière ; mais « j'avoue que la mesure me paraît *exorbitante du droit commun* « et c'est à ce titre que j'en entretiens la Chambre. — En effet, « nous connaissons des retenues de la nature de celle-ci. Ainsi, « par exemple, les employés du gouvernement, les fonctionnaires « publics qui reçoivent des traitements, sont sujets à la retenue « du cinquième au profit de leurs créanciers. Mais cette retenue « *ne s'opère point de plein droit, indépendamment de la volonté* « *du créancier.* C'est alors à la demande du créancier que la re- « tenue a lieu ; si le créancier n'intervient point, le Trésor, qui est « le débiteur de son employé quant à la quotité de ses gages et de « son traitement, lui en paie l'intégralité. — Ici, il me semble qu'il « y a parité de positions. Le maître...qui emploie l'ouvrier, lui doit « la totalité de son salaire. S'il conste du livret de l'ouvrier que « cet ouvrier est débiteur du maître qu'il a quitté et qui lui a fait « des avances, je comprendrais qu'à la demande de ce maître an- « térieur une retenue fût autorisée de la part du maître nou- « veau... ; mais j'ai peine à comprendre que ce nouveau chef « d'établissement, qui prend l'ouvrier à son service,... n'ait pas « seulement la faculté, mais soit tenu d'opérer sur le salaire de « l'ouvrier une retenue qui, dans certaines circonstances, pourra « être très nuisible, pourra être ruineuse pour l'ouvrier. » — Peut-être le premier patron accorderait-il une remise ou un délai, « on veut que le nouveau maître de l'ouvrier exige néces- « sairement le paiement d'une créance qui n'est pas la sienne et « qu'il soit plus rigoureux que le véritable intéressé. On veut « donc mettre dans la loi *une nécessité inflexible, sans entrailles,* « à la place d'un créancier qui pouvait être un maître paternel, « toujours disposé à venir au secours de l'ouvrier..... Cette dis- « position est *fatale,* elle pourrait devenir funeste et, en consé- « quence, je crois qu'elle ne doit pas être insérée dans la loi. Je « demande tout au moins une modification : on fait au nouveau « maître *une nécessité si absolue* de retenir sur le salaire de l'ou- « vrier cette dette antérieure, que le créancier ne réclame pas,

Digitized by Google

« que, s'il ne fait pas cette retenue, *il est rendu responsable de* « *la dette*. Il y a là quelque chose d'*inouï*, quelque chose *qui ne* « *se rencontre dans aucune législation*, et j'avoue que, pour l'ad- « mettre, il faudrait qu'on me donnât des motifs bien puissants, « des raisons bien déterminantes. »

Les donna-t-on?? — En tous cas, cette objection, *tirée du droit commun*, parut troubler les partisans du projet; il n'y fut pas répondu directement; on l'essaya toutefois. Teste, après avoir montré que l'art. 7, loin d'être une innovation, atténuait considérablement la législation du Consulat qui permettait la retenue *indéfiniment*, ajoutait : « Est-il vrai de dire que ce soit une « exception aux règles du droit commun? Mais l'ouvrier ne peut « pas se présenter au nouveau chef d'établissement sans présen- « ter en même temps son livret. *Ce livret l'accuse* d'être sorti débi- « teur d'avances faites par son ancien patron. Dans cette position, « l'ouvrier *forme, pour ainsi dire, opposition contre lui-même* « dans les mains du nouveau chef d'établissement; *il va au-* « *devant de la retenue*, qui devient alors une obligation pour « celui-ci. Le livret porte la preuve écrite qu'il est débiteur de « l'ancien maître jusqu'à concurrence d'une somme de... que fait « le projet? *Il tend une main bienveillante à l'ouvrier* qui est « dans une situation critique... Au lieu d'une responsabilité illi- « mitée, au lieu d'une retenue qui n'aurait pas de fin, il abaisse « cette retenue au cinquième du salaire et seulement jusqu'à con- « currence de 30 francs... »

Portalis dut avouer qu'il ignorait la disposition de la législation existante sur les livrets : « La Chambre voudra bien m'excuser « *si je n'ai pas fait porter mes études sur cette législation spé-* « *ciale;* » mais il persista dans son opinion : « Pour que j'admette « comme une amélioration le changement que contient le projet, « il faudrait que j'admisse *l'ancienne disposition comme une né-* « *cessité*... Si c'est une nécessité, je n'ai rien à dire, parce qu'*il* « *peut y avoir des nécessités tirées de l'industrie et des rapports* « *de l'ouvrier avec son maître;* mais si ce n'est pas une nécessité, « *si c'est simplement une convenance*, un moyen de faire acquit- « ter la dette de l'ouvrier, lorsque le créancier ne le demande pas, « je ne puis l'admettre... »

Digitized by Google

26. Le comte Beugnot, rapporteur, ne pensait pas, au point de vue théorique, autrement que Portalis [1], il ne songeait point à porter le débat sur le terrain du droit commun : « Je supplie, di-« sait-il, l'honorable jurisconsulte, le premier, le plus éminent « de tous... *de ne pas envisager la question avec les principes du « droit civil. C'est une législation industrielle que nous créons,* « et dans laquelle nous ne pouvons faire le bien qu'en respec-« tant les usages établis, quand ils ne sont pas contraires à l'intérêt « du maître et de l'ouvrier, que nous ne séparons pas *dans les « idées de justice qui nous ont dirigés.* »

L'éloge désarma-t-il Portalis mieux que les subtilités de Teste? Toujours est-il, qu'il ne combattit pas davantage la disposition. Mais son intervention — c'est pourquoi nous y avons insisté — arrachait au rapporteur un aveu précieux et vraiment mémorable : lorsqu'on s'occupe de législation industrielle, il ne faut pas faire intervenir les principes du droit civil!

Comme si le lien qui unit le patron à l'ouvrier était autre chose qu'un lien contractuel; comme si le droit des contrats, sous le régime du travail libre et de l'égalité civile, n'était pas applicable quand les parties contractantes s'appellent patrons et ouvriers! Voilà, prise sur le vif, et dans la bouche d'un homme éminent, animé de sentiments de justice et de bienveillance à l'égard des ouvriers, cette *négation de l'idée du droit* dans les rapports de patrons à ouvriers, débris d'un passé que la Révolution n'avait pas effacé, — habitude tenace laissée dans les esprits, même les plus éclairés, par la vieille organisation du travail monopolisé et

[1] Cf. citation de son rapport n° 17. D'après le vicomte Dubouchage, appuyant les observations de Portalis (*Ibid.*, p. 357, col. 3) « si la commis-« sion n'avait pas craint de rompre brusquement d'anciennes habitudes « quelque dangereuses qu'elles soient, elle vous aurait proposé de *suppri-« mer toute retenue* au profit de l'ancien maître... *par la raison que l'ou-« vrier est dans le droit commun.* » Nous verrons (n° 37 nots 2) que la commission de l'assemblée législative, en 1850, se prononça d'abord en ce sens, abrogation complète de toute retenue au profit du patron, et le rapporteur écrivait (1er rapport Salmon. *Moniteur* 13 mai 1850 p. 1647 col. 1) : « En pré-« sence d'une *législation d'exception* qui a produit des fruits si équivoques, « et qui ne parvient à contenir les plaintes qu'en ménageant ses applications, « nous proclamons *l'excellence de la règle commune et de cette égalité, fille « de l'équité, qui respire dans toutes les dispositions de notre Code civil*; *on « s'était tenu écarté des principes de ce code immortel, nous y revenons...* »

Digitized by Google

réglementé, — qui, seule, peut expliquer la législation industrielle du Consulat et son contraste avec les règles contemporaines du Code civil.

27. Là, au reste, n'était pas la seule dérogation au droit commun, résultant du système des retenues au profit du patron, signalée à la Chambre des Pairs.

Persil [1] relevait encore dans le projet et, partant, dans l'arrêté de frimaire, « une chose injuste » qui était, d'après lui, le renversement « de la législation existante. » Il disait : « On ne re-
« marque pas que, contrairement au principe de notre législa-
« tion, on *introduit* [2] un privilège au profit de l'ancien maître
« contre les autres créanciers de l'ouvrier... Cet ouvrier qui a
« reçu des avances de son premier maître et qui s'est empressé
« de passer chez un autre avant de s'être libéré, cet ouvrier peut
« avoir d'autres créanciers. Il a un logeur; à qui il n'a pas payé
« son loyer, il a l'homme qui l'a nourri, à qui il n'a pas payé sa
« dépense journalière. Ces créanciers sont tout aussi sacrés que
« peut l'être le maître originaire qui a fait des avances. Aux ter-
« mes de la législation actuelle, ces nouveaux créanciers, c'est-à-
« dire l'hôtelier, le nourrisseur *sont privilégiés sur le salaire*
« *de l'ouvrier lui-même, jusqu'à concurrence du cinquième,*
« *partie saisissable;* ils sont privilégiés de préférence à tous
« autres créanciers... Eh bien... la retenue... par le nouveau
« maître au profit de l'ancien donne un privilège à ce maître sur
« celui qui a nourri l'ouvrier. Et sur quoi porte ce privilège?
« Sur la somme saisissable; car le nourrisseur, lorsqu'on a re-
« tenu le cinquième de ce que gagne l'ouvrier, ne pourra pas
« saisir le salaire; il n'y a de saisissable dans ce salaire, comme
« pour celui de tout autre employé, que le cinquième; c'est pré-
« cisément ce cinquième qui est retenu pour être livré à l'ancien
« maître qui a fait des avances. »

Nous ne voudrions pas nous approprier cette argumentation qui nous semble contestable en quelques points [3]; mais il faut

[1] *Ibid.*, p. 358, col. 1.

[2] *Introduit*, est inexact; on le *conservait*, tout en le restreignant dans des limites assez étroites que nous étudierons plus loin.

[3] Prétendre que les salaires ne sont saisissables que jusqu'à concurrence

Digitized by Google

reconnaître qu'elle part d'une idée très exacte : par le système *de la retenue des deux dixièmes*, l'arrêté de frimaire faisait au patron créancier d'avances, une situation privilégiée, parmi tous les créanciers de l'ouvrier, si favorables qu'ils fussent légalement. Dans la saisie-arrêt, le premier saisissant, en cette seule qualité, n'a aucun droit de préférence. Le patron, premier saisissant nécessaire, par suite de l'inscription de sa créance sur le livret, est préféré aux créanciers à privilège général, qui formeraient opposition au paiement du salaire de l'ouvrier, le jour même de son entrée dans un nouvel atelier. Pour deux dixièmes le patron passera avant tous autres, et il est fort possible que les huit dixièmes restants échappent à la saisie des autres créanciers, si on admet qu'ils ont le caractère alimentaire et sont, par suite, insaisissables (n° 24, note 1).

C'est ainsi qu'il est vrai de dire que les auteurs de l'arrêté de frimaire, pour garantir efficacement le patron, c'est-à-dire pour la satisfaction d'intérêts simplement privés, (n° 4 *in-pp°*) perdaient de vue les notions les plus élémentaires de droit civil [2], et sacrifiaient, non-seulement le droit de l'ouvrier, mais encore celui des tiers.

28. En affirmant (n° 9) que la législation originaire sur le livret dérogeait gravement au droit commun, commettions-nous quelque exagération? Nous avons tenu à préciser et à analyser chacune des atteintes portées aux principes de la loi générale, dans ces textes de ce qu'on pourrait appeler le Code industriel, contemporains du Code civil.

Ces violations de l'égalité civile, par les législateurs du Con-

du cinquième, c'est étendre la disposition de la loi du 21 ventôse an IX (art. 580, C. pr.) hors de ses termes; l'opinion de Persil, n'était pas plus certaine en 1846 qu'en 1803 ou en 1888 (voy. n° 24, n. 1.) — Ajoutons que les privilèges auxquels Persil faisait allusion sont ceux de l'art. 2101, C. civil; or le *nourrisseur* de l'ouvrier rentre bien dans le n° 5, mais le *logeur*, non! si ce logeur est un bailleur, il n'a que le privilège spécial de l'art. 2102. Nous retrouverons (n° 37 note 2) cette argumentation de Persil.

[2] L'art. 11 de la loi brumaire an VII, sans admettre tous les privilèges généraux consacrés depuis, le 29 mars 1804, par l'art. 2101, C. civil, en reconnaissait cependant; et les auteurs de l'arrêté du 1er décembre 1803 ne pouvaient les ignorer.

Digitized by Google

sulat qui, assure-t-on[1], « ont entendu constituer « un droit » pour tout le monde », n'ont pas été seulement méconnues, elles ont été niées[2]; c'est pour tâcher de détruire toutes les objections, que

[1] M. A. Desjardins, *Revue des Deux-Mondes*, 15 mars 1888, p. 357.

[2] Négations peu surprenantes quand on relève la première sous la plume du ministre de l'intérieur de 1803 déclarant que « *la loi doit être égale pour tous* » dans la circulaire aux préfets qui accompagne l'envoi de l'arrêté de frimaire (citée n° 11, en note). Le baron Dupin a été un des défenseurs les plus énergiques, les plus excessifs de la législation du livret, en 1846; nous empruntons deux passages à l'un de ses discours (séance 9 février, p. 309 et 310) : « En vérité, comment a-t-on pu prétendre que la loi sur « les livrets avait pour objet de diminuer la liberté des ouvriers?... L'en- « gagement qu'un travailleur peut contracter avec un maître est parfaite- « ment libre, libre quant aux conditions, libre quant à la durée; par con- « séquent cette convention volontaire des deux parts, écrite sur le livret (?), « ne consigne rien que l'ouvrier n'ait préalablement consenti et consenti « dans toute sa liberté, je le répète, il n'y a rien là qui puisse être regardé « comme portant atteinte à la liberté de l'ouvrier. — Sans doute, si, plus « tard, celui-ci voulait rompre son engagement pour mettre à profit l'em- « barras de son chef d'emploi, après s'être engagé de son plein gré, après « que son maître s'est également engagé de son côté, s'il voulait nier sa « parole, *la loi donnerait un moyen de l'obliger à tenir ses engagements.* « Un tel résultat peut-il être blâmé dans l'action tutélaire des lois? S'il en « était autrement, autant vaudrait dire que toutes les mesures qui favori- « sent, qui protègent la bonne foi, la morale, les conditions d'un contrat « loyal sont contraires à la liberté, elles ne sont contraires qu'à la mau- « vaise foi... »

« Si sur un seul de ces articles on nous montre quelque mesure qui soit « oppressive ou qui seulement soit gênante pour l'ouvrier à l'instant même « nous la supprimerons ou nous la réformerons. Notre intention est évi- « demment d'agir pour le grand avantage du travailleur et de l'industrie « nationale. Mais ne confondons pas ce qui doit être un simple règlement, « ce qui doit avoir pour objet d'établir le bon ordre dans le travail avec « ce qu'on ose *appeler l'esclavage, l'esclavage de l'ouvrier*. En vérité, c'est « une chaîne un peu douce qu'un certain nombre de feuilles de papier « appelées *livret* et qui sont déposées entre les mains des manufacturiers. « Quoi! un ouvrier est entravé parce que son livret est entre les mains du « manufacturier avec lequel il a pris un libre engagement! je souhaite que « toute les chaînes soient aussi légères à ceux qui les portent. » Dans le même sens, nous lisons, dans le rapport Chégaray (*Moniteur* 2 mars 1850 p. 738 col. 2) : « On ne pourrait méconnaître sans injustice que la pensée « qui a fait introduire le privilège, institué par l'art. 12 de la loi du 22 ger- « minal au XI et par les art. 7, 8 et 9 de l'arrêté de l'an XII, *était protec- « trice à la fois des intérêts du patron et de ceux de l'ouvrier*. On ne peut « nier que ce ne soit un droit légitime du patron de recouvrer le montant « des avances qu'il a consenti à faire à l'ouvrier. Or l'ouvrier n'a généra- « lement pas d'immeubles, il ne possède qu'un mobilier modeste, dont la saisie

Digitized by Google

nous avons appuyé notre opinion personnelle sur les idées émises dans les travaux parlementaires de 1846, 1851, 1854 et jusqu'à nos jours.

Notre démonstration est terminée.

Il nous reste à reprendre cette législation de l'an XII, point initial de notre étude et de nos critiques, pour montrer d'une manière détaillée, complète et continue, les transformations successives qu'elle a subies. C'est dans cette troisième partie qu'apparaîtra, croyons-nous, pour l'institution spéciale du livret, ce développement déjà signalé, (nº 13) de l'idée du droit dans les rapports entre ouvriers et patrons, qui est un des signes caractéristiques du mouvement des esprits au XIXe siècle, et qui restera l'honneur de notre temps.

(*à suivre*) MARC SAUZET.

« serait également, onéreuse par les frais qu'elle occasionnerait, et cruelle « dans ses résultats; il n'est pas contraignable par corps. *Il est donc déri-* « *soire de renvoyer le patron créancier à se pourvoir par les voies de droit* « *commun.* L'inscription au livret et la retenue qui en résulte offrent au « contraire un moyen de recouvrement certain, économique puisqu'aucun « frais de poursuite ou d'exécution ne s'y attache; pas onéreux à l'ouvrier « lui-même, puisque la retenue ne peut dépasser le cinquième de ses sa- « laires. » On rapprochera de ces divers documents parlementaires, les pages que M. Deloume consacrait, en 1863, au livret d'ouvrier, essayant de concilier sa réglementation spéciale avec les règles du Droit commun, notamment avec le principe de l'art. 1142, C. civ.; mais l'auteur visait presque exclusivement la loi de 1854. (*Droits et obligations des ouvriers*, Thèse, nºs 211 et s.).

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris. — Imp. F. PICHON, 282, rue Saint-Jacques, et 24, rue Soufflot.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE EN MATIÈRE D'ENREGISTREMENT

Par M. Ch. Testoud, professeur à la faculté de droit de Grenoble.

I.

Droit de mutation immobilière. — Promesse de vente. — Cession du bénéfice de cette promesse. (Cass.civ. 5 février 1889, *Journal du Palais*, 89, p. 802).

C'est peut-être au point de vue du droit fiscal que la théorie des promesses de vente offre surtout de l'intérêt. L'arrêt du 5 février 1889 en fournit une nouvelle preuve. Il développe une doctrine antérieure de la Cour suprême formulée dans un arrêt du 13 janvier 1869 (*Journal du Palais*, 1869, p. 429), mais non toutefois sans la compléter.

En 1869, la question que la Cour de cassation avait à résoudre pouvait se formuler ainsi : La promesse unilatérale de vente comporte-t-elle la perception du droit proportionnel de mutation immobilière? L'arrêt du 13 janvier avait décidé, sur les conclusions de M. l'avocat général Blanche, que le droit proportionnel n'était pas exigible. A dire le vrai, nous n'avons jamais bien compris comment une controverse pareille avait pu surgir. On ne peut pas nier que le droit de mutation ne peut être perçu que lorsqu'il y a vente, et il n'y a vente que lorsqu'il y a consentement des parties sur la chose et sur le prix. Or, dans le cas de la promesse unilatérale de vente, il y a bien consentement d'un vendeur, mais il n'y a pas engagement de la part d'un acheteur. Il manque au contrat de vente le consentement d'une des parties. Il n'y a donc pas de vente même conditionnelle. Il n'y a pas lieu dès lors à la perception du droit de mutation.

M. l'avocat général Blanche, dans son réquisitoire de 1869, avait poussé jusqu'au bout les conséquences de la doctrine sur la nature de la promesse de vente. Il admettait que la cession du bénéfice de la promesse de vente n'était pas plus que la promesse de vente elle-même soumise au droit proportionnel. « Reconnaître, disait-il, que l'achat primitif de l'action tendant à

Digitized by Google

réclamer l'immeuble est passible du simple droit fixe, c'est donc admettre par une déduction nécessaire que sa cession ultérieure ne saurait elle-même acquitter le droit proportionnel. » Cela était indubitable si l'on voulait parler du droit de mutation immobilière. Mais faut-il prendre cette formule à la lettre et exclure en cas de cession de promesse de vente la perception de toute espèce de droit proportionnel, fût-ce le droit de mutation mobilière?

Une explication était nécessaire, et cette explication il semble que l'arrêt de 1889 ait voulu la donner, bien que les motifs n'aient pas encore toute la clarté désirable. Quoi qu'il en soit, un second principe, négatif il est vrai, vient s'ajouter au principe posé vingt ans auparavant. L'arrêt du 5 février déclare que le cessionnaire de la promesse de vente est mis purement et simplement à la place de son cédant; que le droit cédé n'a pas changé de nature par le fait de la cession et que dès lors le droit de mutation immobilière, qui n'était pas dû sur la promesse, n'a pu être exigé sur la cession dont cette promesse était l'objet. Il est donc posé en princìpe que la cession n'est pas passible du droit de mutation immobilière. Il restera à dire quel est le droit applicable. Mais il est certain que ce ne pourra être le droit de mutation immobilière.

La Régie avait fait valoir à l'appui de la perception du droit de 5 fr. 50 pour 100, une considération manifestement erronée, que nous trouvons indiquée dans le jugement du tribunal de Grasse, cassé par la chambre civile : La cession du bénéfice d'une promesse de vente est, disait-on, une transmission immobilière et, comme telle, elle est comprise dans la formule de l'art. 52 de la loi du 28 avril 1816. L'art. 526 du Code civil classe en effet parmi les biens immeubles les actions qui tendent à revendiquer des immeubles, et le stipulant dans une promesse de vente est certainement titulaire d'une action de cette nature. Donc la cession du bénéfice d'une promesse de vente est une transmission immobilière. — Que l'on ne vienne pas objecter, ajoutait-on, que, si le promettant s'est mis, par sa faute, dans l'impossibilité d'exécuter son engagement, le stipulant ne pourra réclamer que des dommages-intérêts. Ce qu'il faut considérer pour définir la nature du droit du stipulant, c'est l'objet primor-

Digitized by Google

dial de ce droit et non les conséquences possibles de sa violation.

Telle était l'argumentation de la Régie. M. Gabriel Demante, dans une dissertation jointe à l'arrêt du 5 février dernier, a parfaitement mis en lumière son côté faible.

La Régie et à sa suite le tribunal de Grasse avaient, à ce qu'il semble, porté la discussion sur un point qui n'était pas le véritable point litigieux. Il ne s'agissait pas de savoir si la créance du stipulant était immobilière ou mobilière. Il s'agissait de savoir si, en admettant que cette créance fût immobilière, la cession dont elle était l'objet devait supporter le droit de 5 fr. 50 0/0. Or, en matière fiscale, comme en matière pénale, les textes doivent être interprétés rigoureusement. Il fallait donc recourir aux textes de la loi de l'an VII et de la loi de 1816. Précisément, la loi de l'an VII semble vider la question présente. Elle ne frappe du droit de mutation immobilière que les actes translatifs de propriété ou d'usufruit (67, § 7, n° 2). Cette formule visait la difficulté. Le stipulant dans une promesse de vente n'est ni un propriétaire, ni un usufruitier. Il n'est investi d'aucun droit réel sur la propriété. Il ne devient propriétaire qu'au jour de la réalisation de la vente et sans rétroactivité au jour de la promesse. (Cass. 10 mars 1886, *J. d. P.* 1887, 1re partie, p. 172).

Le tribunal de Grasse, dont la décision a été cassée, n'avait pas été cependant sans apercevoir cette objection et il avait cherché à s'y soustraire. Il avait essayé d'affirmer que la promesse de vente constituait une vente sous condition suspensive et que c'était en raison de l'incertitude de l'événement de la condition, que le droit de mutation immobilière ne pouvait pas être exigé lors de l'enregistrement de la promesse. Le droit du stipulant n'a pas en effet alors une valeur appréciable. Mais, ajoutait le tribunal, il y a lieu au contraire au droit proportionnel, lorsqu'à l'époque de la transmission dont elle est l'objet, la valeur de ce droit devient réelle par l'estimation même que les parties en font. Le droit perçu porte alors non sur la convention dont les effets demeurent suspendus, mais sur la transmission de la faculté d'acquérir.

Nous avons peine à comprendre un tel raisonnement, dont nous empruntons textuellement les termes au jugement attaqué.

Digitized by Google

Il n'est pas possible de dire qu'une vente soit subordonnée à la condition suspensive du consentement de l'acheteur. La vérité est que, tant que les parties ne sont pas toutes deux d'accord sur la chose et sur le prix, il n'y a pas plus de contrat conditionnel que de contrat pur et simple. Un contrat, pour conditionnel qu'il soit, n'en est pas moins toujours un contrat, c'est-à-dire le produit de l'accord de deux volontés. Tant qu'il n'y a qu'une volonté formée, il n'y a pas de contrat et l'éventualité du consentement d'une personne à laquelle une offre a été faite n'y peut rien changer. On ne peut donc pas dire qu'il y ait vente conditionnelle et par là même s'écroule tout le raisonnement de la Régie et du tribunal de Grasse.

Nous avons ainsi donné un argument de principe péremptoire à l'appui de la doctrine de l'arrêt du 5 février.

On peut à cette considération en ajouter une autre parfaitement exposée par M. Demante. Au moment de la réalisation de la vente au profit du cessionnaire, le droit de mutation immobilière va être perçu sur la totalité du prix. Serait-il équitable d'aggraver le poids de l'impôt en faisant au préalable porter la taxe de 5 fr. 50 sur le prix de la cession de la promesse de vente? N'y aurait-il pas même dans ce cumul de perceptions quelque chose qui choquerait la logique? Peut-on, au point de vue du simple bon sens, considérer l'immeuble comme ayant été vendu pour un prix supérieur à celui que le vendeur reçoit? Les spéculations auxquelles a donné lieu la promesse de vente, le trafic que le stipulant a pu faire de cette promesse en cédant un fonds de commerce, avec le droit au bail et la promesse de vendre contenue dans le bail, n'ont pas et ne peuvent pas avoir d'influence sur le prix de la vente.

Tout concourt donc à nous faire repousser en cette matière le principe de la perception du droit de 5 fr. 50 p. 0/0.

Comme on le faisait remarquer au début de ces observations, il y a désormais en jurisprudence fiscale deux solutions acquises, au sujet des promesses unilatérales de vente : 1° la promesse elle-même n'est pas passible du droit de mutation immobilière; 2° la cesssion portant sur la promesse est également affranchie de ce droit. Il resterait à décider quel est le droit applicable à la

Digitized by Google

cession. La Cour n'avait pas à l'indiquer dans l'arrêt du 5 février. Elle statuait sur une réclamation de l'administration, tendant à la perception du droit de mutation immobilière. Elle ne pouvait que repousser cette réclamation, mais elle n'avait pas de consultation à donner à l'administration. Elle n'avait pas à dire quel droit celle-ci aurait pu légitimement exiger.

Pour nous, nous croyons que le droit dû pourrait être le droit de mutation mobilière, et c'est dans ce sens que M. G. Demante s'est prononcé. Mais cette solution nous semble bien moins certaine que les précédentes et nous comprenons très bien que la Cour de cassation se soit abstenue de l'indiquer dans les considérants de l'arrêt du 5 février. « Sans doute, dit M. Demante, le cédant n'ayant aucun droit réel sur l'immeuble, n'a pu transmettre au cessionnaire un droit immobilier. Mais il lui a transmis un droit quelconque, d'une consistance actuelle, dont la valeur est déterminée par le prix de la cession. Par cela seul qu'il n'est pas immobilier, ce droit est mobilier (art. 516, C. civ.); conséquemment, la cession de ce droit encourt le tarif de 2 p. 0/0, établi par la loi de frimaire an VII (art. 69, § 2, n° 1) sur les actes translatifs d'*objets mobiliers généralement quelconques.* » « Cette perception, ajoute M. Demante, est modérée; elle a été anciennement pratiquée. En l'abandonnant, en réclamant un droit de mutation immobilière, l'administration a lâché la proie pour l'ombre. »

Au point de vue de l'équité, c'est bien la solution la plus satisfaisante pour l'esprit. Mais est-on bien sûr qu'elle ne puisse pas être attaquée au point de vue des textes? Est-ce bien le cas d'appliquer l'art. 67, § 2, n° 1 qui parle d'actes translatifs d'objets mobiliers? Il est bien permis d'en douter. La cession de la promesse de vente n'opère ni une translation de propriété, ni une construction d'usufruit, en matière immobilière. Voilà bien justifiée l'exclusion du droit de 5 fr. 50 0/0. Mais d'autre part on ne peut pas dire que le droit du stipulant dans la promesse de vente puisse être compris parmi les objets mobiliers généralement quelconques dont parle la loi de frimaire, et dès lors la légitimité de la perception du droit de 2 0/0 est bien en péril. C'est peut-être cette considération qui, sans compter l'intérêt

Digitized by Google

fiscal, a déterminé l'administration à abandonner son ancienne pratique. Le plus sûr serait encore de revenir à la doctrine exposée en 1869 dans le réquisitoire de M. l'avocat général Blanche.

En résumé, notre matière soulevait trois difficultés : Les deux premières sont désormais tranchées. La troisième, qui est peut être la plus embarrassante, reste en discussion.

Disons enfin que si l'on examinait nos questions uniquement au point de vue du droit civil, on n'aurait pas les mêmes incertitudes. Le droit du stipulant dans une promesse de vente ne pourrait être considéré que comme un droit immobilier et par suite il devrait suivre le sort de la fortune immobilière, notamment en matière de communauté.

II.

Droit de purge. — Légataire particulier. — Droit de transcription. (Cass. civ. 6 février 1889, *J. d. P.* 1889, p. 935).

La Cour de cassation, par cet arrêt, donne une consécration nouvelle à la doctrine de l'arrêt des chambres réunies du 12 janvier 1876 (*J. d. P.* 1876, p. 166). Cette doctrine semble pouvoir se résumer dans la formule suivante : La formalité de la transcription est nécessaire et par suite le droit de transcription est exigible non seulement quand il y a lieu de publier une transmission de propriété immobilière, mais encore, lorsque la publicité de la mutation n'étant pas prescrite, l'acquisition entraîne simplement pour l'acquéreur le droit de purge. Il y aurait pour ainsi dire deux transcriptions; l'une ayant pour but et pour effet de porter à la connaissance des tiers une aliénation immobilière ; l'autre ayant simplement pour utilité de préparer la formalité de la purge. Toutes les fois qu'une de ces deux transcriptions est nécessaire, le droit de transcription est dû.

L'arrêt des chambres réunies du 12 janvier 1876 avait statué dans le cas d'un héritier bénéficiaire qui s'était rendu adjudicataire des immeubles de la succession. Évidemment, à cet acquéreur la transcription n'était pas nécessaire pour publier une transmission de propriété qui avait déjà eu lieu antérieurement et indépendamment de toute transcription. Après l'adjudication, l'héritier était propriétaire des immeubles de la succes-

Digitized by Google

sion, mais il ne l'était pas plus qu'avant. Il ne devait certes pas de droit de mutation. Les chambres réunies l'ont cependant considéré comme soumis au droit de transcription, parce qu'il avait le droit de purger et que dès lors la formalité de la transcription avait une utilité. (Voir sur cette question : Valette, *Mélanges de droit et de jurisprudence*, tome II, p. 143. — Labbé, *Revue critique*, tome VIII, p. 211).

L'arrêt de 1889 s'est inspiré des mêmes principes. Il considère également comme exigible le droit de transcription, alors que la formalité inutile, au point de vue de la mutation de la propriété, peut être utile, au point de vue de la purge.

Les circonstances du fait étaient très simples : Un légataire particulier d'une portion d'immeuble demande la licitation contre ses co-légataires. Il devient adjudicataire. Au moment de l'enregistrement du procès-verbal d'adjudication, le droit de transcription lui est réclamé, sous le prétexte que la formalité de la transcription peut lui être utile plus tard s'il veut purger. La réclamation de l'administration a été accueillie par la Cour suprême, qui s'est ainsi conformée à la jurisprudence inaugurée par l'arrêt des chambres réunies de 1876.

Sauf une observation critique que nous présenterons en terminant, il nous semble que l'arrêt mérite d'être approuvé.

Nous croyons fermement que le légataire particulier d'un immeuble a la qualité de tiers détenteur et qu'il jouit des divers privilèges accordés par la loi aux tiers détenteurs. Il réunit en effet toutes les conditions que l'on s'accorde à exiger en pareil cas. Il n'est pas tenu personnellement des dettes du testateur; il ne succède pas à son obligation de garantie des constitutions d'hypothèques. Enfin, son titre d'acquisition n'exclut pas la possibilité de la surenchère. On a objecté, il est vrai, que la transcription est le préalable obligé de la purge et que, sauf le cas de l'article 1069, C. civ., il n'y a jamais lieu à transcription, en matière de mutations par décès. Nous avouons que nous comprenons mal cette objection. N'y a-t-il pas là une pétition de principe? La question est précisément de savoir si, en dehors des cas où la transcription est imposée comme publicité des mutations et préliminaire de la purge, il n'y en aurait pas d'autres où elle serait

Digitized by Google

utile simplement pour la purge, abstraction faite de toute publicité. De plus, ne serait-il pas un peu étrange de refuser à un acquéreur le droit de purger, uniquement parce que son titre d'acquisition n'est pas de nature à être transcrit, d'après la loi de 1855? Ce serait oublier l'état originaire de notre Code civil, avant les modifications qu'il a subies, soit lors de la promulgation du Code de procédure, soit lors de la loi sur la transcription. Il y a bien eu un moment, dans notre droit moderne, où la propriété foncière se transmettant à l'égard des tiers, sans publicité, la transcription n'était utile qu'au point de vue de la purge. Sans insister davantage sur ce point, nous croyons donc que l'on doit admettre, avec une assez grande majorité d'auteurs, que le légataire particulier peut purger. Ainsi se trouverait justifiée l'exigibilité du droit de transcription.

L'arrêt cependant appelle une observation critique que nous mentionnions plus haut. Il juge que le procès-verbal d'adjudication sur licitation, plaçant la totalité de l'immeuble sur la tête d'un des légataires, était l'acte de nature à être transcrit et sur lequel par conséquent le droit de transcription devait être réclamé. On peut sur ce point éprouver de sérieuses hésitations. En effet, le procès-verbal n'avait pas et ne pouvait pas avoir dans l'espèce le caractère d'un titre translatif de propriété. En raison de la communauté du titre des co-licitants, il avait nécessairement le caractère déclaratif. Le véritable titre de propriété de nature à être transcrit n'était et ne pouvait être que le testament où se trouvait inscrit le legs particulier. C'est donc lors de l'enregistrement du testament qu'aurait dû être perçu le droit de transcription.

Peut-être aurait-on pu contester, dans l'espèce, le droit de transcription, en raison du titre de collatéraux des légataires particuliers. Il résulte en effet des instructions (particulièrement de l'instruction n° 1399, n° 3 relative à l'application de la loi du 21 avril 1832), que les droits de mutation frappant les immeubles transmis à des collatéraux comprennent le droit de transcription qui dès lors ne saurait plus être exigé. Mais ce moyen n'a pas été soulevé devant la Cour de cassation. On le trouvera indiqué dans la dissertation de M. Demante, insérée au Sirey et au *Journal du Palais* sous notre arrêt.

Digitized by Google

III.

Caisse de retraite pour la vieillesse. — Rente. — Capital réservé. — Communauté conjugale. (Cass. civ. 25 juin 1888, *J. d. P.* 1889, p. 805).

Le problème résolu par cet arrêt est surtout un problème de droit civil. Il s'agissait de savoir si le droit commun, en matière de communauté, est applicable aux versements effectués à la caisse des retraites pour la vieillesse. Ces versements donnent-ils naissance à des propres, au profit de chacun des époux? Les bénéfices qui en résultent tombent-ils au contraire en communauté, conformément à l'art. 1401, C. civ.? La question se divise en deux branches, suivant les stipulations diverses dont les versements ont été accompagnés. Il peut se faire d'abord que les versements aient été faits à fonds perdus et avec aliénation définitive du capital versé. Les époux n'ont droit alors qu'à une rente viagère et on peut se demander si cette rente est une valeur commune. On peut aussi effectuer les versements sans aliénation définitive du capital et avec réserve du remboursement de ce capital au décès des déposants. La rente viagère est alors moins élevée et de plus il s'y joint une créance en remboursement du capital. Il s'agit, dans ce second cas, de savoir si la créance du capital réservé est commune ou propre à chacun des conjoints pour sa part.

La première question, celle qui concerne uniquement la rente viagère obtenue au moyen des versements, ne se posait pas dans l'espèce soumise à la chambre civile. La Cour n'avait à s'occuper que de la créance du capital réservé. Ce n'est donc que sur la deuxième question que porteront les observations qui suivent.

Nous ferons remarquer cependant qu'en ce qui touche la rente la controverse semble ne pas exister. Tout le monde reconnaît que la rente viagère, bien qu'acquise des deniers communs, est propre à chacun des époux pour sa part et que sur ce premier point l'art. 4 de la loi du 28 juin 1850 a manifestement dérogé à l'art. 1401. du Code civil. (Voir Aubry et Rau, tome V, p. 286 et 287).

On ne pouvait guère, du reste, adopter une autre solution.

Le texte d'abord était absolument formel. Aux termes de l'art. 4 de la loi du 18 juin 1850, « le versement opéré antérieu-

Digitized by Google

rement au mariage reste propre à celui qui l'a fait. Le versement fait pendant le mariage par l'un des conjoints profite séparément à chacun d'eux par moitié. En cas de séparation de corps ou de biens, le versement postérieur profite séparément à l'époux qui l'a opéré. En cas d'absence ou d'éloignement d'un des deux conjoints depuis plus d'une année, le juge de paix pourra, suivant les circonstances, accorder l'autorisation de faire des versements au profit exclusif du déposant. Sa décision pourra être frappée d'appel devant la chambre du conseil. » Ce texte démontre bien que le législateur a eu la volonté formelle d'attribuer en propre à chaque époux sa part de la rente viagère. Ce n'est en effet que dans des cas exceptionnels qu'il est possible au déposant de s'approprier exclusivement le profit des sommes versées. Il est bien certain que si la rente était devenue une valeur de communauté, cette disposition serait difficile à expliquer. Le mari aurait eu sur la rente viagère, comme sur les autres biens communs, les pouvoirs considérables que lui confère l'art. 1421, C. civ. Il aurait pu notamment, malgré l'opposition de la femme, disposer de tout ce dont la rente viagère dépasse la portion déclarée incessible par la loi. Le décret du 18 août 1853 a pris du reste de rigoureuses précautions pour assurer le maintien de l'égalité entre les conjoints.

L'esprit de la loi du 18 juin 1850 vient encore à l'appui de cette interprétation. Dans la pensée des rédacteurs, les versements étaient considérés comme une forme particulière de l'exécution de l'obligation alimentaire entre époux. Il était nécessaire, pour que le but que l'on se proposait fût atteint, que la rente fût propre à chaque époux et que notamment la femme pût y prétendre, même en cas de renonciation à la communauté et sans avoir à payer à celle-ci aucune récompense.

Ce premier point ne paraît pas avoir été mis en discussion devant la Cour suprême. La discussion n'a porté que sur le caractère commun ou propre du capital réservé.

Deux époux avaient versé pendant leur mariage une somme de 14,000 francs à la caisse des retraites et cette somme avait été stipulée remboursable en cas de décès. Au décès de la femme, son héritière déclara répudier la communauté et il fut dressé un

Digitized by Google

certificat de propriété constatant que la somme de 7,000 francs, moitié de 14,000, portée au compte de la femme sur les registres de la Caisse des retraites appartenait désormais en pleine propriété au mari survivant, par l'effet de la répudiation. Les parties avaient ainsi reconnu que la créance du capital réservé était tombée dans la communauté. C'est sous l'empire de cette opinion que fut faite la déclaration de succession de la femme. On n'y fit pas figurer le capital de 7,000 francs parce que l'on supposait que ce capital devait être considéré comme ayant toujours appartenu au mari. Là-dessus, se produisit la réclamation de l'administration pour déclaration insuffisante et s'ouvrit le débat sur la question du capital réservé.

La Cour de cassation juge par son arrêt que le capital réservé suit le sort de la rente viagère et que pas plus que la rente viagère il ne tombe dans la communauté.

Nous nous rallions à cette doctrine qui nous paraît la seule possible, en présence du texte de la loi du 18 juin 1850.

1° L'art. 4 de cette loi dispose, ainsi qu'on l'a déjà fait remarquer au sujet de la vente viagère, que le versement effectué pendant le mariage profite pour moitié à chacun des époux. Or le profit du versement est de nature diverse, suivant les stipulations dont le versement a été accompagné. Ce peut être d'abord une vente viagère, que tout le monde s'accorde à considérer comme devant rester propre aux époux. Ce peut être aussi (et dans ce cas le montant de la rente viagère est nécessairement réduit) une créance exigible au décès de chaque époux, si le capital a été réservé. L'art. 4 n'a pas fait de distinction et il est impossible d'en faire une dans l'application.

Donc, quelle que soit la nature du profit résultant du versement, rente viagère seulement, ou rente viagère et capital réservé remboursable, il y aura toujours un propre en faveur de chaque époux.

On a objecté, il est vrai, que l'art. 4 était moins explicite que nous le disons. Il débute en effet en parlant des versements antérieurs au mariage et il déclare en termes formels que ces versements demeurent *propres* aux époux qui les ont faits. Parlant ensuite des versements opérés depuis le mariage, il se contente de dire que ces versements profitent séparément aux deux con-

Digitized by Google

joints. Il était cependant bien simple de dire, dans la deuxième phrase comme dans la première, que les versements contemporains du mariage demeurent propres. Si des expressions différentes ont été employées, c'est que les situations et les solutions sont différentes.

Cette objection est évidemment peu sérieuse. Les deux formules employées sont, à nos yeux, équivalentes, soit qu'on se place au point de vue du langage vulgaire, soit qu'on se place au point de vue du langage juridique. Il est probable que les rédacteurs de l'art. 4 ont simplement voulu éviter une répétition.

2° Un second argument plus décisif encore que le premier est fourni par l'art. 7 de la loi du 28 mai 1853 et l'art. 7 de la loi du 12 juin 1861. Ces textes permettent au déposant qui a stipulé le remboursement de son capital d'abandonner à toute époque tout ou partie de ce capital peur obtenir une augmentation de sa rente. Les époux ont l'un et l'autre ce droit; la femme peut l'invoquer comme le mari. Or cette éventualité ne peut s'expliquer que si l'on admet que le capital réservé n'est pas tombé dans la communauté. S'il y était tombé, la femme ne pourrait jamais en faire abandon, car ce serait disposer d'une valeur commune, ce que le mari seul peut faire. S'il y était tombé, le mari ne pourrait pas davantage consentir l'abandon, après que la communauté se serait dissoute, car à ce moment il ne peut plus disposer des valeurs communes qui sont désormais en indivision, entre lui et sa femme ou ses représentants.

En vain, dirait-on que ces dispositions supposent un déposant propriétaire libre du droit à son versement et qu'elles ne peuvent dès lors être invoquées ni par la femme durant la communauté, ni par le mari après sa dissolution. Ce sont là encore des distinctions dont la loi n'a pas parlé et qu'il est dès lors impossible d'admettre. Tous les déposants ont ce droit et les textes ne les refusent à aucun d'eux.

3° Citons aussi l'art. 4 du décret du 27 mars 1851 qui prescrit à l'époux déposant de déclarer au moment de son versement si son conjoint réserve ou abandonne la moitié à laquelle il a droit. Le mari pourrait évidemment d'après ce texte déclarer qu'il abandonne sa moitié et que sa femme se réserve la sienne.

Digitized by Google

La rente du mari serait ainsi plus forte et la rente de la femme moins élevée. Or si le capital de la femme était commun, l'égalité entre les époux, à laquelle la loi tient à juste titre, serait manifestement violée, car le mari aurait à titre de propre une rente plus forte que la femme et de plus la moitié du capital de celle-ci. Et cependant le texte de l'art. 4 de la loi de 1850, qui est le document capital pour la solution de cette difficulté, veut que les versements d'un des conjoints pendant le mariage profitent à chacun par moitié.

4° On peut dire enfin que la loi de 1850 est une loi exceptionnelle qui s'est placée absolument en dehors non seulement des principes de la communauté, mais encore des principes des autres régimes matrimoniaux. C'est ainsi que notre article 4 écarte les principes du régime dotal. Ce régime, quand il n'est pas modifié par une société d'acquêts, assure au mari tous les revenus et par suite les économies sur les revenus réalisées pendant le mariage. Le mari aurait donc dû rigoureusement bénéficier seul de tous les versements et la loi de 1850 veut qu'il en partage le profit avec sa femme. Même remarque au sujet du régime sans communauté. Les principes du régime de séparation de biens sont aussi mis de côté, puisque chaque époux bien que pleinement maître de ses revenus n'en profite plus que pour moitié, lorsqu'il les affecte à un versement à la caisse. Il ne faut donc pas s'étonner outre mesure de ce qui va se passer sous le régime de la communauté. Le droit que nous étudions ici est anormal, particulier et il déroge aux principes généraux.

On a cherché à jeter l'incertitude sur le sens de l'article 4 en citant divers passages des travaux préparatoires de la loi de 1850. M. Benoist d'Azy aurait dit que, les versements profitant à chaque époux pour moitié, la loi opérait en pareil cas une sorte de partage anticipé de la communauté. Cela suppose bien que le capital au moins était devenu commun. M. Ferrouillat, plus affirmatif, déclara ensuite que la créance du capital réservé appartiendrait à la communauté, et que les arrérages de la rente viagère seraient seuls soustraits à l'application du droit commun. Mais on peut répondre que ces déclarations ne sauraient prévaloir sur un texte formel et qu'elles peuvent fort bien n'être que

Digitized by Google

l'expression d'opinions personnelles. De plus, elles se réfèrent au projet de loi présenté en 1848, projet qui dut subir de profondes transformations, avant de devenir la loi du 18 juin 1850. On ne saurait donc les considérer comme des commentaires autorisés de la loi actuellement en vigueur.

Les faits sur lesquels a statué l'arrêt du 25 juin 1888 s'étaient passés sous l'empire de la loi du 18 juin 1850, et c'est pourquoi toute la discussion qui précède a porté sur l'art. 4 de cette loi. Mais aujourd'hui, la caisse des retraites pour la vieillesse est régie par une loi nouvelle du 20 juillet 1886 et on se demandera sans doute si la solution qui vient d'être donnée doit être maintenue. Nous ne pensons pas qu'il puisse y avoir à cet égard de doute sérieux. L'art. 4 de la loi primitive revit dans l'art. 13 de la loi nouvelle et sauf une modification, les termes de la disposition n'ont pas été changés. Nous retrouvons dans le texte actuel les deux formules qui nous ont jusqu'ici servi de règle. « Le versement opéré antérieurement au mariage reste propre à celui qui l'a fait... Le versement fait pendant le mariage par l'un des conjoints profite séparément à chacun d'eux par moitié. » Les textes n'ayant pas été modifiés, leur interprétation doit être toujours la même. Toutefois, nous avons tout à l'heure fait allusion à une modification qu'aurait subie l'ancien art. 4 de la loi de 1850, devenu l'art. 13 de la loi de 1886. Entre les deux formules, concernant l'une les versements antérieurs au mariage et l'autre les versements contemporains, a été intercalée la disposition suivante : « Les femmes mariées, quel que soit le régime de leur contrat de mariage, sont admises à faire des versements, sans l'assistance de leur mari. » Ceux qui ont suivi le mouvement législatif de ces dernières années, s'expliquent sans difficulté cette disposition qui s'accorde mal, il faut le reconnaître, avec les principes généraux du Code civil. Depuis assez longtemps, on tend à augmenter l'indépendance de la femme, en ce qui concerne la réalisation et le placement de ses économies. C'est ainsi que l'art. 6 de la loi du 13 avril 1881, sur les caisses d'épargne postales, confère un droit identique aux femmes, en matière de dépôts et même de retrait. « Dans les ménages pauvres, disait, à ce sujet M. Édouard Laboulaye, la femme représente l'économie

Digitized by Google

et le mari la dépense. » Il était naturel de généraliser le principe et de l'étendre aux versements effectués à la caisse des retraites pour la vieillesse. La caisse des retraites est aussi bien et plus que les caisses d'épargne une institution de prévoyance et elle devait être dès lors, comme la caisse d'épargne, librement accessible à la femme, quel que fût son régime matrimonial. Cette adjonction au texte primitif régissant notre matière nous semble être un argument de plus en faveur de la solution de la Cour de cassation. Il est bien acquis désormais que cette matière des versements échappe aux règles communes et que les principes ordinaires ne peuvent plus être appliqués ici. L'art. 1421, C. civ., ne saurait permettre à une femme de disposer des économies de la communauté et de les employer à son gré, fût-ce dans le but le plus louable. C'est donc qu'il s'agit bien dans le cas présent de valeurs propres dans toute la force du terme, propres cependant avec ce tempérament que lorsqu'un époux fait un dépôt, ce dépôt ne doit pas profiter qu'à lui seul, à titre de propre. La loi n'admet pas ce calcul égoïste. Elle veut que, tenant compte de son devoir de secours et d'assistance, le conjoint déposant partage le profit avec son conjoint. Mais, sauf ce tempérament, le droit commun est absolument écarté. CH. TESTOUD.

LE DOL ET LA FAUTE DES INCAPABLES DANS LES CONTRATS,

Par M. A. Deschamps, avocat, docteur en droit.

Sommaire.

I. — Responsabilité certaine des incapables pour leurs délits et quasi-délits. — Fondement de cette responsabilité.

II. — Responsabilité des incapables pour leur dol et leur faute dans les contrats. — Il n'y a pas, en principe, de raison de distinguer entre ce dol et cette faute et le dol et la faute en dehors des contrats.

III. — Suite. — Les textes du Code civil, loin de repousser cette responsabilité, paraissent au contraire la supposer.

IV. — Théorie proposée. — Double distinction : 1° Entre le dol et la faute actifs, d'une part, le dol et la faute négatifs, d'autre part; — 2° suivant que l'incapable a ou n'a pas valablement contracté.

V. — Jurisprudence, spécialement au sujet de la femme dotale.

VI. — Conséquences de la responsabilité reconnue aux incapables.

1. La vieille distinction de la faute délictuelle et de la faute

Digitized by Google

contractuelle est aujourd'hui la source de vives discussions ; elle est devenue le terrain sur lequel se livrent, non seulement entre les jurisconsultes, mais même entre les politiques, les plus ardentes batailles en matière de responsabilité. La loi du 5 janvier 1883, sur la responsabilité du locataire vis-à-vis du bailleur en cas d'incendie, est un des épisodes de cette lutte, qui se continue maintenant entre le patron et l'ouvrier relativement aux accidents survenus à celui-ci dans l'accomplissement de son travail.

C'est encore cette distinction ancienne qui fait le fond du débat que nous abordons dans ces quelques lignes : Doit-on lui reconnaître quelqu'influence, quelque portée au point de vue de la responsabilité des incapables? On l'admet très généralement, sans d'ailleurs trop s'en expliquer. — Il y a là toute une région presqu'inexplorée, une jurisprudence dont on peut dire qu'elle cherche encore sa voie.

Il importe de préciser la question, de la sortir des espèces à l'occasion desquelles elle a été soulevée et de généraliser ainsi le débat.

I.

2. La responsabilité des incapables, pour les délits et quasi-délits, n'a jamais fait doute pour personne. L'art. 1310 du Code civil n'est que la reproduction littérale de la règle romaine *In delictis minoribus non subvenitur* [1], conservée intacte et appliquée sans conteste dans nos anciens pays de droit écrit et de droit coutumier [2].

L'art. 1310 ne parle expressément que du mineur ; mais on est d'accord pour en appliquer la disposition à tous les autres incapables, ou mieux pour reconnaître que cette disposition n'est point restrictive et que rien ne serait plus inexact que d'en tirer un argument *à contrario*. Cet article, en effet, est parfaitement inutile, car il ne fait qu'exprimer une règle qui serait incontes-

[1] L. 9, p. 2, *De minor.*, D., 4, 4; — L. 2, C., II, 35.

[2] V. Bouteiller, *Somme rurale*, I, t. 92; — Domat, *Lois civiles*, I, livre IV, t. VI, sect. II, n° X; — Berthon de Fromental, *Décisions du droit civil*,... v° Crimes; — Pothier, *Tr. des Obligations*, n° 120; *Tr. de la Puissance du mari*, n° 52.

Digitized by Google

table même sans le secours de son texte. Les incapacités ne sont établies qu'en ce qui concerne les obligations contractuelles (article 1124 : Les incapables de *contracter* sont...) : il suit de là que la capacité délictuelle, ou responsabilité, reste une capacité naturelle. Et cela s'explique aisément : le motif des incapacités, c'est la défiance de la volonté des incapables ; la loi craint qu'ils ne s'obligent inconsidérément. Pareille raison ne saurait intervenir lorsqu'il s'agit d'obligations qui prennent leur source, non dans la volonté de l'obligé, mais directement dans la volonté de la loi. Et tel est le cas des obligations délictuelles.

3. On a bien essayé de contester ce point de vue, en disant qu'en définitive c'est encore la volonté de l'obligé qui est la cause première de l'obligation délictuelle, puisque le fait dommageable implique à coup sûr un acte de volonté, réfléchie s'il y a dol, irréfléchie s'il y a simple faute. Mais depuis longtemps on a victorieusement répondu à cette objection, conséquence d'une insuffisante analyse. C'est contre leur *volonté de s'obliger* que la loi protège les incapables (art. 1124). Or, celui qui commet un dol ou une faute veut-il donc s'obliger? On ne risque point de méconnaître son intention en répondant négativement. L'auteur du dol, sans doute, a voulu le fait dolosif; mais il a voulu ce fait seulement, et non pas l'obligation d'en réparer les suites. Il l'a si peu voulue, cette obligation, que son premier soin, aussitôt le fait accompli, sera ordinairement de le nier et de détourner les soupçons. Quant à l'auteur de la faute, non seulement il n'a pas voulu s'obliger, mais encore il n'a pas voulu le dommage, au point que son premier sentiment sera le regret, et parfois le désespoir. Ces nuances se trouvent magistralement dessinées par M. l'avocat général Rouland, dans de remarquables conclusions sur une espèce soumise à la Cour de cassation le 23 nov. 1852 (Sirey, 1852, I. 769).

4. La responsabilité des incapables pour leurs délits et quasi-délits n'est donc point proprement une exception à leur incapacité : il y a là deux ordres d'idées bien distincts et parfaitement indépendants, d'une part la faculté de s'obliger par contrat, d'autre part l'aptitude à être obligé par ses délits ; la première a été réglée et restreinte par la loi, qui en a fait ainsi une capacité

Digitized by Google

civile; la seconde est restée simple capacité naturelle et le législateur a sagement fait en lui laissant ce caractère. — En matière contractuelle, la capacité, étant arbitrairement réglée, peut fort bien ne pas coïncider exactement, dans tels cas donnés, avec la capacité naturelle. Le propre, au contraire, de la responsabilité juridique est d'être inhérente à la responsabilité naturelle.

5. Voilà pourquoi il a toujours été admis que les incapables répondent de leurs délits et quasi-délits. Mais qu'entend-on ici par ces expressions? Elles s'appliquent certainement au dol et à la faute commis entre étrangers, entre personnes qui ne sont point, relativement au fait dommageable, liées entre elles par un contrat. Mais comprennent-elles aussi le dol et la faute qui surviennent entre co-contractants? Les jurisconsultes de Rome embrassaient sans aucun doute dans l'appellation de « délit » l'une et l'autre hypothèse de faute et de dol [1]. Il n'en est plus de même aujourd'hui; c'est une chose convenue en doctrine et en jurisprudence que parler de délits et quasi-délits, c'est parler de dol et de faute en dehors des contrats et faire opposition à ce qu'on appelle alors dol et faute contractuels. Et telle est bien, en effet, la portée qu'on attache généralement à ces expressions lorsqu'on les emploie en notre matière, de sorte que, si tous déclarent les incapables responsables de leurs délits, tous, en sens inverse, les déclarent dispensés de réparer le dommage qu'ils causent par leur dol ou leur faute à l'occasion d'un contrat.

6. Aux intérêts que l'on reconnaît généralement attachés à la distinction de la faute délictuelle et de la faute contractuelle, et que nous ne songeons point à contester ici [2], il faudrait ainsi en ajouter un autre: les incapables répondraient ou ne répondraient pas du dommage qu'ils causent, suivant que leur faute revêtirait le caractère délictuel ou le caractère contractuel.

Nous ne pouvons nous rallier à cette opinion domi-

[1] L. 9, p. 2, *De minor.*, D., 4, 4. — V. notre *Étude sur la Responsabilité civile des incapables...*, nos 52 et suiv., notamment no 58.

[2] Nous faisons allusion à la gravité de la faute (art. 1137 et 1382), à l'étendue de l'obligation de réparer (art. 1150-1151 et 1382), à la charge de la preuve.

Digitized by Google

nante et peut-être unanime[1]. Elle est, selon nous, le résultat d'une analyse incomplète, d'une fausse voie dans laquelle on s'est par suite engagé et dont on ne prend plus la peine de vérifier la rectitude. La détermination de la responsabilité des incapables a été cherchée à tort dans la distinction de la faute délictuelle et de la faute contractuelle : c'est dans une toute autre distinction qu'on la rencontrera, dans la distinction de la faute active et de la faute négative. L'une et l'autre distinction se touchent par certains points, et ce sont peut-être ces points de contact qui ont engagé sur une fausse piste ; mais pourtant elles sont bien nettement séparées : si toute faute négative est nécessaire-

[1] Il nous faut toutefois prévenir qu'il existe un cas de dol où la responsabilité des incapables est reconnue de tous, parce qu'un texte spécial ne permet aucun doute. Ce cas est celui du dol dont les incapables seuls peuvent se rendre coupables, nous voulons dire celui qui consiste à tromper sur l'incapacité ; et le texte, c'est l'art. 1307. Aux termes de cette disposition, « la simple déclaration de majorité, faite par le mineur, ne fait pas obstacle à sa restitution. » D'où il suit que lorsque le dol excède la simple déclaration, le mineur cesse d'être restituable et porte ainsi la peine de son dol. On est d'accord pour appliquer *a fortiori* cette solution aux autres incapables.

Nous laissons de côté, dans cette étude, ce cas spécial de dol, non qu'à raison du texte toutes discussions soient bannies, mais bien au contraire parce que, malgré la certitude du principe, de sérieuses difficultés surgissent dans son application. De telle sorte que cette hypothèse de dol, qui constitue en quelque sorte la spécialité des incapables, fournit à elle seule la matière d'une étude complète et qu'on peut sans inconvénient séparer de celle que nous entreprenons. Les difficultés, en effet, ne sont pas de même nature. Nous envisageons ici le dol et la faute en général et toute la matière se ramène à une question d'existence de la responsabilité. Pour le dol spécial aux incapables, au contraire, la responsabilité existe certainement comme principe, de sorte que les difficultés ont trait uniquement à des questions accessoires, telles que celles de savoir quand est-ce que le dol peut être considéré comme excédant la simple déclaration, — si les incapables autres que le mineur ne sont pas tenus même de leur simple déclaration de capacité, — comment ces idées s'appliquent à la femme dotale depuis la loi du 10 juillet 1850, — enfin et surtout quelle est la sanction exacte de ce dol des incapables. Ce dernier point soulève les difficultés les plus juridiques et les plus délicates (Sur toutes ces questions, V. notre *Étude sur la Respons. civ. des incapables*, n°s 36; 74-84; 93-98). — Nous aurons à parler incidemment de l'art. 1307, pour repousser l'objection qu'on en a tiré contre notre théorie (V. n° 22).

Digitized by Google

ment contractuelle, toute faute active n'est pas forcément délictuelle; cette dernière faute est possible entre co-contractants comme entre étrangers. Ces idées seront la base de la théorie que nous proposerons.

Mais, auparavant, il nous faut montrer le peu de fondement de la doctrine si généralement admise, en l'attaquant aux deux points de vue auxquels on se place concurremment pour la défendre, c'est-à-dire d'abord au point de vue de l'équité, de la raison, en un mot de cet ensemble de considérations qu'on est convenu d'appeler les principes; ensuite, au point de vue plus précis des textes mêmes de notre loi positive.

II.

7. Etant donnée la responsabilité indiscutable des incapables pour leur dol et leur faute en dehors des contrats, pourquoi s'arrête-t-on dans cette voie et refuse-t-on de reconnaître cette responsabilité dès qu'il s'agit de dol ou de faute commis à l'occasion d'un contrat? Quelles considérations particulières viennent donc modifier ici l'état de la question?

8. Ce n'est point assurément dans la personne de l'incapable qu'il faut chercher les raisons d'une différence. Les incapables dont il s'agit ici sont les mêmes dont nous venons de parler à propos du dol et de la faute en dehors des contrats. On ne voit pas en quoi leur responsabilité *naturelle* pourrait être modifiée par la circonstance que le dol ou la faute se sont produits à l'occasion d'un contrat; cette responsabilité étant essentiellement une question de fait, n'exigeant jamais que l'appréciation d'un état subjectif, qu'importent l'occasion et les circonstances extrinsèques de l'acte dommageable?

9. Ce n'est pas davantage en s'attachant au dol et à la faute en eux-mêmes qu'on découvrira des raisons de douter. Que ce dol et cette faute soient commis en dehors de tout contrat, ou qu'ils soient commis à l'occasion d'un contrat, cela ne saurait en modifier la nature intime. Un dommage est causé; est-il imputable à son auteur? Si oui, il y a évidemment responsabilité naturelle, c'est-à-dire dol ou faute, au même titre que si le dommage avait eu lieu entre étrangers. — On parle, il est vrai, dans

Digitized by Google

un cas, de délit et quasi-délit, dans l'autre, de dol ou faute contractuels. Ce langage pourrait porter à croire qu'il recouvre et manifeste une différence réelle dans la nature du dol et de la faute. Mais, d'abord, cette opposition dans les termes n'existe pas dans le Code civil. L'expression « délit, quasi-délit » s'y rencontre bien (livre III, titre IV, chap. II); mais on y chercherait en vain celle de « dol ou faute contractuels. » Les Romains, nous l'avons déjà dit, appelaient délit aussi bien le dol et la faute dans les contrats que le dol et la faute en dehors des contrats. Nous nous contenterions fort bien, pour notre part, de la terminologie romaine ; sous une apparence moins précise, puisqu'elle ne fait pas sentir la différence possible entre deux catégories d'hypothèses, elle est peut-être au fond plus exacte et moins dangereuse. Plus exacte, parce qu'elle ne s'inspire pas des circonstances extrinsèques du fait pour en changer la dénomination et ne prétend point à une netteté que ne présente certainement pas la distinction dont il s'agit (V. n° 23); moins dangereuse, parce qu'elle ne risque pas de porter à croire *à priori* que l'obligation de réparer le dommage causé par le dol ou la faute qu'on appelle contractuels soit elle-même nécessairement et véritablement une obligation contractuelle.

Délit et quasi-délit, dol et faute contractuels, sont des expressions rapides et faciles, tirées des circonstances dans lesquelles se sont produits le dol et la faute, et dont l'opposition est d'autant plus aisément acceptée qu'elle marque d'un mot une réelle différence de réglementation au point de vue de la charge de la preuve et de la mesure de la réparation due. Mais ce serait être dupe des apparences que d'en conclure à une différence de nature dans l'obligation de réparer qui, délictuelle dans un cas, serait contractuelle dans l'autre; la source de l'obligation de réparer n'est et ne peut jamais être qu'un dol ou une faute[1].

[1] « La responsabilité est nécessairement délictuelle. Nous ne prétendons « pas que le contrat qui crée une relation quelconque entre un homme et « une chose ou entre deux hommes ne modifie en rien la responsabilité; « nous soutenons seulement qu'il ne modifie pas la *nature* de la responsa- « bilité, et qu'il ne crée pas une responsabilité spéciale. » (*De la Responsabilité...*, par M. Lefebvre, *Rev. crit.*, 1886, p. 486).

Digitized by Google

10. Si une différence est admise, dans l'opinion très générale, entre le dol et la faute dans les contrats et les faits auxquels on est convenu de réserver la qualification de délits et quasi-délits, ce ne peut donc pas être au point de vue de la responsabilité *naturelle*, dont les conditions d'existence sont évidemment les mêmes dans l'un et l'autre cas. Mais la responsabilité naturelle et la responsabilité juridique ne sont-elles donc pas inséparables ? Ce principe, certain en matière de dol et de faute extra-contractuels, cesse-t-il donc d'être vrai lorsqu'il s'agit de dol ou de faute à l'occasion d'un contrat ? — On le prétend très généralement ; et tel est, en effet, bien précisé, le champ de la discussion : la responsabilité juridique n'accompagnerait point ici la responsabilité naturelle, et ce, à raison de la circonstance extrinsèque qu'une convention est intervenue et que cette convention a été l'occasion du dol ou de la faute. Le contrat, le fait d'être entré en relations juridiques avec l'incapable, voilà, dans l'opinion peut-être unanime, le fondement et la raison de l'irresponsabilité des incapables. Les considérations tirées de ce point de départ sont nombreuses et variées : passons-les successivement en revue et voyons leur exactitude et leur portée.

11. La première est prise de ce que la victime du dol et de la faute qu'on appelle contractuels a été imprudente et doit s'imputer en partie le dommage qu'elle souffre. Lorsqu'une personne, dit-on, a subi une perte par le dol ou la faute extra-contractuels d'un incapable, il serait tout à fait injuste de ne pas lui donner réparation ; car elle n'a eu aucun moyen de se prémunir contre l'acte dommageable. Le préjudice l'a atteinte comme il aurait pu atteindre toute autre personne ; elle n'a rien fait juridiquement qui la mît dans le cas d'être si déplorablement distinguée par l'incapable. Au contraire, lorsqu'il s'agit du dol et de la faute contractuels, celui qui en souffre dommage s'y est en quelque sorte volontairement exposé ; c'est parce qu'il a contracté avec un incapable que celui-ci a pu lui causer un préjudice. En s'abstenant de toute relation juridique avec lui, il n'aurait couru aucun risque. Il semble donc que, pouvant se protéger lui-même, il ait moins besoin de la protection légale que la victime du dol ou de la faute extra-contractuels.

Digitized by Google

Voilà, certes, une différence indéniable entre les deux situations. Est-ce à dire qu'elle soit concluante pour le but qu'on veut atteindre et qu'il doive en résulter une différence quant à l'existence de la responsabilité juridique ? En aucune façon. Nous allons en fournir la preuve.

12. Où puiser l'obligation de réparer, sinon dans la responsabilité naturelle ? Or, nous l'avons dit tout à l'heure, cette responsabilité naturelle est hors de cause, puisqu'elle est question de fait, et que nous la supposons exister. Donc, en se plaçant au point de vue de l'auteur du dommage, point de vue auquel on ne peut nier qu'il faille se placer, la responsabilité juridique elle-même ne fait aucun doute. La circonstance qu'un contrat est intervenu, qui ne peut, à coup sûr, supprimer la responsabilité naturelle, comment supprimerait-elle la responsabilité juridique ? Il faudrait pour cela que l'existence d'un contrat vînt atténuer le dol et la faute, en modifier la nature intime, en un mot eût une influence quelconque sur la responsabilité naturelle ; et certainement il n'en est rien. La preuve en est facile.

Le dol, pour l'envisager d'abord, est toujours en lui-même un fait également et souverainement répréhensible. En quoi l'immoralité de l'acte est-elle diminuée par cette circonstance qu'on nuit à son co-contractant au lieu de nuire à un étranger ? On serait plutôt autorisé à voir là un raffinement dans la malice, un abus de confiance ou mieux encore, comme on l'a dit, [1] « une sorte d'embûche et de guet-apens » qui vient aggraver la culpabilité.

Quant à la faute, si elle n'est pas précisément aggravée par l'existence d'un contrat, au moins n'en est-elle en rien diminuée ; et même on peut dire qu'elle est moins excusable, parce que le seul fait de la convention devait plus particulièrement provoquer la vigilance et l'attention.

13. Aussi bien tout cela est-il hors de doute en soi. Et c'est justement pourquoi nos adversaires détournent avec soin leurs regards de l'incapable, auteur du dol ou de la faute, pour les concentrer exclusivement sur son co-contractant. L'incapable,

[1] Labbé, dans *Sirey*, 1886, I, 1, note. M. Labbé repousse néanmoins la responsabilité de l'incapable.

Digitized by Google

disent-ils, est responsable naturellement; soit. Mais il ne doit pas néanmoins l'être juridiquement, parce que la victime a été imprudente ! — Ce point de vue est-il plus décisif? Nous n'en croyons rien. Tout d'abord, comment l'imprudence de la victime justifierait-elle le dol commis contre elle? D'autant que cette imprudence le plus souvent se ramènera à une confiance mal placée. Depuis quand la culpabilité se recherche-t-elle chez la victime? Si cela devait être, il y aurait les mêmes raisons de décider entre personnes capables : on ne devrait jamais répondre de son dol ni de sa faute dans les contrats. Et ce n'est point là un paradoxe ni une exagération, quoi qu'il paraisse au premier abord; car, que l'auteur du dol soit un capable ou un incapable, il ne saurait y avoir là de raison de différence dans l'appréciation de l'imprudence de la victime. Puisque, comme nous l'avons vu, cette difrence ne peut être puisée dans la personne, il ne peut être question de la faire résulter que de l'existence d'un contrat. Dès que, par conséquent, il existe un contrat, la raison de différence existe elle-même et la capacité ou l'incapacité ne sont pour rien dans le débat.

A moins qu'on ne dise que l'imprudence de la victime consiste, non dans le fait d'avoir contracté en général, mais dans le fait d'avoir contracté avec une personne qu'elle savait n'être pas, à raison de l'incapacité, responsable de son dol et de sa faute contractuels. — Mais alors la pétition de principe saute aux yeux, puisque la question est précisément de savoir si l'incapable répond de ce dol et de cette faute. Jusqu'à ce que cette question soit résolue, la discussion ne saurait donc être portée sur le terrain de l'imprudence de la victime, sous peine de tourner dans un cercle vicieux.

14. Et c'est alors qu'on se décide à présenter un argument d'apparence juridique, qui serait décisif s'il était exact, mais se trouve si loin de l'être qu'il va nous fournir, en le poussant à sa dernière conséquence, une arme vraiment dangereuse contre le système que nous combattons. L'incapable, nous dit-on, ne saurait être tenu du dol ni de la faute qu'il commet à l'occasion d'un contrat dont son incapacité permet justement de demander l'annulation; car, le contrat une fois annulé, le dol ou la faute dont il

Digitized by Google

a été l'occasion disparaissent avec lui : l'accessoire ne saurait survivre au principal.

Certes, il existe entre le capable et l'incapable cette différence, que le premier ne peut en principe demander la nullité du contrat, tandis que le second possède ce droit en vertu de son incacité. Mais qu'importe l'annulation du contrat? Le dommage causé par faute ou dol ne subsiste-t-il pas? C'est là un fait que rien ne saurait détruire, une source légale d'obligation qui survit et se suffit à elle-même [1]. L'accessoire, dit-on, doit disparaître avec le principal! Formule vague, et qui, comme toutes ses semblables, souvent s'évanouit dès qu'on la serre de près. Le dol et la faute sont-ils donc l'accessoire du contrat comme l'hypothèque et le cautionnement sont les accessoires du droit de créance? N'apparaissent-ils point au contraire, comme deux sources d'obligation autonomes et indépendantes? Sans doute la victime ne pourra pas invoquer le contrat. Mais qu'a-t-elle besoin de l'action contractuelle? C'est de l'action délictuelle qu'elle prétend se servir.

Et voit-on, à présent, combien à la rigueur serait dangereux, non pour nous, mais pour nos adversaires eux-mêmes, le raisonnement qu'ils nous opposent, si on le poussait jusqu'au bout. L'annulation du contrat, d'une part, n'empêche point le fait de dol d'exister et, d'autre part, lui retire le caractère contractuel : on se trouverait ainsi en présence, non plus d'un dol ou d'une faute en matière de contrat, mais d'un dol ou d'une faute extra-contractuels, c'est-à-dire d'un délit ou quasi-délit dans le sens étroit de l'expression!

15. Une autre considération, très spécieuse, a été présentée en faveur de l'irresponsabilité des incapables. Elle consiste à dire que, l'incapacité ayant été établie pour empêcher certaines personnes de se ruiner dans la gestion de leurs propres affaires, il serait singulier d'exiger d'elles qu'elles prêtassent aux intérêts d'autrui des soins qu'on les reconnaît incapables de donner aux leurs; si leur faiblesse intellectuelle ou mentale nécessite une protection, cette protection doit être générale, comme l'état d'où elle dérive.

[1] Nous parlons là d'une manière générale, faisant toutes nos réserves pour la faute négative. Nous préciserons plus loin la théorie exacte que nous proposons (V. nos 26-29).

Digitized by Google

Cette observation, tout d'abord, est sans valeur pour le dol. La loi peut tenir à préserver certaines personnes des conséquences dommageables de leur inexpérience; elle ne songera jamais à les garantir des suites de leur malice ou de leur méchanceté.

Quant à la faute elle-même, le raisonnement qu'on nous oppose porterait beaucoup trop loin, ce qui suffit à en démontrer l'inexactitude. La protection de l'incapable, dit-on, doit être générale comme l'état d'où elle dérive et, par suite, s'appliquer même à la faute nuisible à autrui. Si cela était exact, il faudrait déclarer les incapables dispensés de la réparation de leur faute même en dehors des contrats, c'est-à-dire de leurs quasi-délits. Or l'article 1310 est là, qui vise nécessairement ce genre de faute au moins et prononce formellement la responsabilité.

Aussi bien n'existe-t-il rien de commun entre la faute que l'incapable peut commettre dans la gestion de ses propres affaires et celle dont il se rend coupable au détriment d'autrui. Les tiers, s'ils veulent lier l'incapable par des engagements contractuels, doivent exiger de leur co-contractant qu'il se fasse habiliter[1]; c'est en cela que consiste la protection légale; la loi, se défiant de l'expérience ou de l'état mental de l'incapable, veut le voir assisté de la prudence et des lumières d'une personne en qui elle a confiance. Si donc un incapable contracte dans des conditions désavantageuses et qu'il ne se soit pas fait habiliter, son incapacité, destinée précisément à le protéger contre ce danger, lui permettra de faire annuler la convention[2]. Du reste le co-contractant n'a pas à se plaindre : l'incapable, nous le supposons, n'a rien fait pour le tromper sur son incapacité; c'était donc à lui d'exiger l'habilitation. L'incapable n'a en réalité commis aucune faute : il y a eu simplement de sa part ignorance ou faiblesse dans la conclusion même du contrat, qui

[1] Nous disons « habilité » pour employer un terme large et général, sans prétendre à l'exactitude parfaite de cette expression pour chacun des incapables.

[2] Le plus souvent, d'ailleurs, il n'est pas même besoin que l'opération ait été désavantageuse à l'incapable, pour qu'il ait le droit d'en obtenir la nullité; la preuve de la lésion n'est exigée que de la part du mineur (art. 1305 C. c.) : encore existe-t-il dans la doctrine des divergences très sérieuses sur les conditions auxquelles le mineur peut demander la nullité de ses actes.

Digitized by Google

ne devait son existence dans de telles conditions qu'à cette ignorance ou à cette faiblesse. Loin de nuire à autrui, c'est lui-même qui s'est trouvé victime de l'adresse d'un co-contractant peu scrupuleux. — Mais quand l'incapable commet une faute active qui cause un dommage à son co-contractant, il nuit à celui-ci comme il nuirait à un étranger par un quasi-délit. Sans doute il n'était point lié par le contrat : aussi bien, ce qu'on lui reproche, n'est-ce pas d'avoir enfreint des obligations conventionnelles, mais uniquement d'avoir contrevenu à l'obligation générale de ne causer à autrui aucun dommage (art. 1382 et 1383). Sans doute encore le co-contractant n'avait droit à aucune attention spéciale de la part de l'incapable; mais au moins pouvait-il prétendre aux mêmes égards qu'un étranger.

On reviendra peut-être à ce sujet sur l'idée d'imprudence : le co-contractant a facilité la faute en mettant, par exemple, la chose endommagée à la disposition de l'incapable. Nous répondrons que l'imprudence a consisté uniquement à ne pas exiger l'habilitation de l'incapable, qu'en conséquence le co-contractant en sera puni par l'annulation possible du contrat, mais que cela ne supprime point la faute ni le dommage qui en est résulté, qu'il y a là une source d'obligation indépendante de la convention et pour laquelle il ne peut être question d'habiliter l'incapable. Certes il pourra se faire, et nous le verrons, que la victime n'ait à réclamer aucune réparation; mais ce ne sera point parce que l'incapable ne répondrait pas en principe de sa faute : ce sera uniquement parce que le dommage causé par la faute disparaîtra parfois derrière un dommage plus considérable résultant de l'exercice d'un droit, à savoir l'annulation du contrat pour incapacité (V. n°33).

16. Enfin on transporte le débat sur le terrain de l'ordre public qui, dit-on, réclame beaucoup moins vivement la répression du dol et de la faute contractuels des incapables, parce que, si chacun est menacé par leur délit et quasi-délit, leur faute et leur dol contractuels ne menacent qu'une personne déterminée, celle qui consent à entrer en relations avec eux.

Le peu de valeur de cette considération est facile à saisir. En nous plaçant d'abord au point de vue de l'ordre public, nous

Digitized by Google

ferons remarquer que celui qui se rend coupable de dol contractuel est parfaitement capable de dol extra-contractuel ; le premier n'est pas une spécialité dans laquelle on se cantonne à raison d'aptitudes ou de goûts particuliers. La barrière qui les sépare l'un de l'autre est peu de chose, l'occasion ; et on la franchira d'autant plus aisément que le dol extra-contractuel n'exige peut-être pas autant d'adresse et de ruse que le dol contractuel. Dire, d'ailleurs, que l'un menace tout le monde et que l'autre ne menace qu'une personne, le co-contractant, c'est, il nous semble, exagérer un peu la différence. Tout fait suppose une détermination : le délit implique donc le choix d'une victime déterminée, tout comme le dol contractuel. Il est bien vrai qu'on peut se préserver de celui-ci en s'abstenant d'entrer en relations avec un incapable. Mais, d'abord, tout cela n'est qu'une question de degrés : telle personne, plus diligente dans la surveillance de ses biens, aurait évité le dommage causé par le délit dont vient de souffrir son voisin. Et, ensuite, de ce qu'on peut se préserver plus facilement d'un dol que de l'autre, il ne s'ensuit pas que ce dol risque de s'attaquer à moins de personnes que l'autre.

Mais il y a plus : est-ce donc d'une question d'ordre public qu'il s'agit ici avant tout ? N'est-ce pas uniquement de l'obligation civile de réparer que nous nous préoccupons ? Ce qu'il s'agit de sauvegarder, c'est un intérêt privé, qui se trouve également lésé dans l'une et l'autre hypothèse. Au danger public correspond le point de vue pénal. Qu'on se montre, si on le veut, moins sévère dans la répression pénale du dol et de la faute en matière de contrats, nous ne discutons pas ici cet ordre d'idées ; mais le point de vue de la réparation civile ne saurait être atteint par des considérations d'ordre public. Les jurisconsultes de Rome conseillaient quelques adoucissements dans la répression des délits émanant d'incapables, mais uniquement en ce qui touchait les conséquences pénales ; remarquons d'ailleurs qu'ils ne s'attachaient en rien, pour conseiller ces tempéraments, à l'existence d'un contrat et qu'ils les appliquaient également à la faute délictuelle et à la faute contractuelle[1]. Quant aux conséquences ci-

[1] L. 9, p. 2 *in fine;* L. 37, p. 1, *De minor.*, D., 4, 4 ; — L. 2, p. 1 ; L. 23, p. 10, *ad. leg. Aquil.*, D., 9, 2.

Digitized by Google

viles, elles ne subissaient aucune atteinte, et l'obligation de réparer restait toujours intacte.

17. L'idée d'ordre public a conduit certains auteurs à proposer une distinction entre le dol contractuel et la faute contractuelle, pour laisser ce dol sous l'empire de la responsabilité, comme le dol délictuel, et pour y soustraire la faute seulement. Le dol, dit-on souvent, fait exception à toutes les règles [1]; c'est ainsi qu'il est reconnu qu'on ne peut s'en décharger à l'avance par convention. Pour la faute, au contraire, il est généralement admis qu'on peut s'en exonérer conventionnellement; l'ordre public est ici beaucoup moins intéressé. Dès lors, n'est-il pas raisonnable de considérer celui qui contracte avec un incapable comme l'ayant implicitement déchargé de sa faute, puisque le fondement de l'incapacité est la faiblesse intellectuelle et l'inexpérience?

Nous repoussons absolument cette distinction. Que la responsabilité des incapables soit un résultat conforme à l'ordre public, c'est ce qu'on ne saurait nier et ce dont il faut se féliciter; mais que l'ordre public soit le fondement juridique de cette responsabilité, voilà ce qui par bonheur est, nous venons de le voir, beaucoup moins exact. Nous disons par bonheur : car rien n'est moins fixe que cette notion d'ordre public; s'il fallait l'adopter comme principe d'interprétation, on constaterait sans aucun doute, pour chaque espèce, autant d'avis que d'opinants [2]. Ainsi voit-on un jurisconsulte des plus éminents admettre, en 1882 [3], la distinction entre la faute et le dol, pour la rejeter ensuite en 1886 [4] et réunir alors le dol à la faute dans une commune irresponsabilité. L'art. 1310 met bien sur le même plan, au point de vue de l'ordre public, la faute et le dol; mais c'est pour leur attacher une égale responsabilité.

Le véritable fondement de la responsabilité des incapables ne permet aucune tergiversation. L'incapacité, avons-nous dit, n'est

[1] Labbé, dans Sirey, 1882, II, 249, note.

[2] Voyez, par exemple, la variété d'appréciations de l'ordre public, à propos de la responsabilité de la femme dotale sur ses biens dotaux pour ses délits et quasi-délits, — dans notre *Étude sur la Respons. civ. des incap.*, n° 30.

[3] V. dans Sirey, 1882, II, 249, — note.

[4] V. dans Sirey, 1886, I, 1, — note.

Digitized by Google

établie qu'en ce qui concerne les engagements contractuels; dès, par conséquent, qu'il s'agit d'obligations prenant naissance indépendamment de la volonté, l'incapacité n'a plus rien à voir, et les incapables en sont tenus comme les capables. Or, ce caractère est évidemment commun à la faute et au dol. C'est ainsi qu'on explique généralement la responsabilité certaine des incapables pour leur dol et leur faute en dehors des contrats (art. 1310); la distinction qu'on ne fait pas alors n'a pas ici plus de raison d'être.

L'existence d'un contrat, pourtant, est alléguée comme raison de différence : entre personnes étrangères l'une à l'autre, l'exonération de la faute ne saurait à aucun titre être sous-entendue, au lieu qu'entre co-contractants on peut la sous-entendre, puisque les parties ont conféré entre elles, se sont vues et connues et que l'une a su que l'autre était incapable. — Mais rien en réalité n'autorise pareille supposition d'intention chez le co-contractant. La connaissance qu'il a pu prendre de l'incapacité de l'autre partie n'implique de sa part qu'une seule intention, celle de risquer l'annulation du contrat qu'il va former, et nullement celle de permettre à l'incapable qu'il lui cause impunément un dommage dont un étranger devrait répondre.

La faute, dit-on, qui est blâmable chez un capable, parce qu'elle est alors anormale, est une chose presque naturelle pour un incapable! Cela, d'abord, n'est pas exact pour tous les incapables : la femme mariée, la femme dotale, l'interdit dans un intervalle lucide ne sont pas plus excusables que la fille, la veuve ou l'homme habituellement sain d'esprit. Reste le mineur; mais quel danger trouve-t-on à le déclarer tenu de sa faute, puisque la responsabilité juridique n'existera jamais que si l'on constate la responsabilité naturelle? Les personnes de cet âge sont, dit-on, particulièrement exposées à commettre des fautes! Ce langage est inexact. Que leur inexpérience les mette dans le cas de causer plus souvent du dommage, c'est ce qu'on ne saurait contester. Mais en présence du dommage causé, il n'y a pas faute toujours, mais seulement s'il y a imputabilité. L'acte dommageable commis par l'incapable s'explique-t-il naturellement par l'inexpérience de son âge? cet acte ne sera pas une faute, mais un simple fait. Pourquoi le considérer comme déchargé des conséquences de ses

Digitized by Google

actes, sans rechercher s'il y a de sa part simple fait, ou faute? Pourquoi la victime souffrirait-elle d'une présomption pareille, qui risque de dénier la responsabilité juridique là où existe la responsabilité naturelle?

18. A peine avons-nous repoussé la distinction du dol et de la faute, qu'une nouvelle distinction nous est aussitôt proposée, s'inspirant encore, elle aussi, de la notion d'ordre public, mais présentant plus de précision que la précédente, parce qu'elle ne reconnaît en notre matière l'ordre public comme engagé qu'autant que la loi pénale en a ainsi formellement décidé. Les partisans les plus absolus de l'irresponsabilité des incapables admettent, en effet, une exception à leur règle dans le cas où le dol et la faute commis dans l'exécution de la convention constituent un fait prévu et puni par la loi pénale[1]. Un locataire incendie volontairement la chose louée; un dépositaire, un mandataire, disposent de la chose à eux remise et commettent un abus de confiance (art. 408 C. pénal); un médecin maladroit ou imprudent cause involontairement la mort de son malade; par maladresse, imprudence ou inattention, un voiturier occasionne la mort d'un voyageur ou lui cause des blessures. Voilà des faits de dol ou de faute commis dans l'exécution de contrats, et qui constituent cependant des crimes ou délits qualifiés par la loi pénale. Dans ces cas divers et autres semblables, on n'hésite pas à reconnaître à la charge des incapables l'obligation civile de réparer le dommage causé. Il ne s'agit pas seulement de la condamnation à une amende ou aux dépens de l'instance, mais aussi des dommages et intérêts réclamés par la partie civile, et même des dommages et intérêts réclamés devant la juridiction civile, en l'absence de toute action devant le tribunal de répression.

[1] Labbé, dans Sirey, 1886, I, 1, note. — Demangeat, dans Rapport sur une espèce soumise à la Cour de cassation et qui a donné lieu à l'arrêt du 23 nov. 1885, annoté par M. Labbé (Sirey, *loc. cit.*). — M. Larombière (*Oblig.*, sous art. 1310) indique moins formellement qu'il restreint la responsabilité civile des incapables, en matière de contrats, aux faits de dol et de faute qualifiés crimes ou délits par la loi pénale; mais il semble bien que ce soit là, en définitive, la pensée de l'auteur, car il suppose toujours, dans les exemples qu'il donne, des faits de dol ou de faute constituant un délit pénal.

Digitized by Google

Ce n'est point nous qui critiquerons cette solution, à laquelle nous conduisent nos principes mêmes. Ce que nous voulons critiquer, c'est la limitation de la responsabilité civile des incapables aux faits de dol et de faute prévus par la loi pénale. Quelles sont donc les raisons sur lesquelles on s'appuie pour établir cette distinction? Ces raisons ne conduiraient-elles point, par hasard, à notre doctrine de la responsabilité générale des incapables?

La question se ramène à savoir si la qualification de crime ou de délit, donnée par la loi pénale à un fait de dol ou de faute, peut modifier la nature de l'obligation civile de réparer. Ce qui empêche nos adversaires d'admettre la responsabilité générale des incapables, c'est qu'à leurs yeux l'obligation de réparer, lorsqu'il s'agit d'un dol ou d'une faute dans l'exécution d'un contrat, cesse d'être délictuelle pour devenir contractuelle. Serait-ce donc alors que l'obligation reste délictuelle, lorsque ce dol ou cette faute sont punis par la loi pénale? Telle paraît être l'idée de M. Demangeat. « La partie lésée, déclare-t-il [1], aura une action « en dommages-intérêts, qu'elle fondera, à son choix, soit sur « l'inexécution des engagements conventionnels, d'après les « articles 1146 et suiv., soit *sur l'existence d'un préjudice causé « par un délit ou un quasi-délit d'après les articles* 1382 « *et* 1383. »

Voilà l'explication donnée. Mais il lui manque, pour nous satisfaire, une chose essentielle, c'est sa justification. Il est aisé de dire que la qualification d'un fait par la loi pénale maintient à l'obligation civile de réparer le caractère délictuel qu'elle aurait perdu sans cette qualification. Mais ce dire lui-même est moins aisé à justifier. Analysons minutieusement la situation.

Est-ce la punissabilité du fait qui produit ce résultat? Non, puisque l'obligation civile pèsera sur l'incapable, même s'il n'a point été poursuivi devant le tribunal de répression, par conséquent même dans ce cas où l'on ne peut dire rigoureusement que le fait est punissable, puisqu'il n'a pas été déclaré tel par les tribunaux.

Aussi M. Labbé paraît-il ne point s'arrêter à cette idée : « Nous « nous attachons, dit-il non à la punissabilité du fait, mais à la

[1] ...citant ici M. Larombière (*Oblig.*, sous art. 1382 et 1383 n° 9).

Digitized by Google

« circonstance que le fait est distinct du contrat et constitue en « soi un délit. » Nous avouons ne pas bien comprendre en quoi diffèrent ces deux idées, d'une part, punissabilité, d'autre part, délit au sens pénal du mot. Il nous semble que tout délit, en ce sens, est un fait punissable et que tout fait punissable est en soi un délit[1], de telle sorte qu'expliquer l'effet dont nous recherchons la cause mystérieuse par la punissabilité ou par l'idée de délit pénal nous paraît être une seule et même explication. Que si toutefois il existait réellement une différence dont nous ne nous rendions pas compte, il nous est facile de repousser tant l'idée de délit en soi que l'idée de punissabilité. L'article 1310 C. c. déclare les incapables civilement responsables de leurs délits et quasi-délits. Or, personnne ne prétendra qu'il ne s'agit là que des faits punissables ou des délits au sens pénal. C'est donc que ni la punissabilité, ni la qualification de délit ne sont la vraie cause de la responsabilité civile des incapables[2].

M. Labbé complète son idée en disant qu'il s'attache à la circonstance que *le fait est distinct du contrat*. Tel est bien aussi notre avis. Mais nous ne voyons pas que cette circonstance soit spéciale au cas où le dol et la faute sont qualifiés délit pénal, sans quoi l'on retombe dans l'idée que nous venons de combattre, à savoir que la punissabilité ou la qualification du fait influerait sur le fond des choses au point de vue civil et, dans l'espèce, séparerait deux choses qui sans cela se confondraient.

La vérité est que le dol et la faute actifs sont par eux-mêmes et toujours distincts du contrat[3]. De là la responsabilité civile des incapables. Parfois le fait de dol ou de faute présente une gravité particulière et va jusqu'à intéresser l'ordre public : alors la loi pénale vient s'ajouter à la loi civile pour frapper d'une

[1] Comme la punissabilité, la qualité de délit n'existe légalement que lorsque les tribunaux de répression ont ainsi qualifié le fait.

[2] Sans doute, nos adversaires affirment que l'art. 1310 ne concerne que le dol et la faute en dehors des contrats. Mais qu'importe au point de vue qui nous occupe en ce moment? Même en admettant cette doctrine, l'argument que nous tirons ici de l'art. 1310 conserve toute sa force.

[3] V. dans la *Revue critique*, 1886, p. p. 485-495, le remarquable article signé Lefebvre. L'auteur ne limite même pas cette idée au dol et à la faute actifs; il l'étend même à la faute et au dol négatifs.

Digitized by Google

peine celui qui s'en est rendu coupable ; voilà tout. La circonstance que le fait est distinct du contrat n'est donc pas spéciale au fait qualifié délit. Cette qualification est complétement étrangère à la séparation du fait et du contrat : elle n'en est ni la cause, ni l'effet. Si donc, comme semble le dire M. Labbé, et comme nous le pensons aussi, la cause de la responsabilité civile des incapables, quant aux faits qualifiés délits, réside dans la circonstance que le fait est distinct du contrat et constitue une source propre d'obligation, il faut décider avec nous que cette responsabilité est générale et s'applique à tout fait de dol ou de faute, sans qu'il y ait aucune importance à attacher à la circonstance que ce fait est ou non puni par la loi pénale. Qu'importe, en effet, cette circonstance au point de vue de la victime ? La peine est destinée à satisfaire, non la victime, mais l'intérêt social seul. Qu'il y ait peine ou non, un dommage n'est pas moins causé, et réparation n'est pas moins due à l'intérèt privé : que je sois lésé parce que le dépositaire a par faute ou dol détruit la chose que je lui avais confiée, ou bien que je sois lésé parce qu'il a détourné le dépôt, pour moi le préjudice est le même et de même nature [1].

Enfin, nous trouvons, dans la note de M. Labbé, la proposition suivante : « Le droit pénal a ses règles propres sur la capa-« cité, et ne respecte que les incapacités naturelles. » — C'est ce que l'on ne saurait nier. Seulement il nous paraît que ces règles propres sur la capacité ne sont pas restreintes au droit pénal, mais s'appliquent d'une manière générale à la responsabilité. N'avons-nous pas pris soin déjà de mettre en relief cette

[1] Les Romains, nous l'avons dit déjà, atténuaient en faveur de certains incapables les conséquences pénales des actions délictuelles, mais laissaient toujours subsister intactes les conséquences civiles. Si donc, à Rome, les incapables étaient tenus des actions délictuelles pour les délits qu'ils commettaient à l'occasion de contrats, ce n'était pas à raison de ce que ces actions pouvaient présenter de pénal, puisque c'est précisément ce côté de l'action, et uniquement ce côté, que les jurisconsultes engagent à supprimer en faveur des impubères et des mineurs de vingt-cinq ans. — C'est ainsi qu'aujourd'hui l'excuse légale résultant de la minorité de seize ans entraîne un abaissement des peines (art. 67 C. p.), mais doit laisser intacte et parfaitement indépendante l'obligation civile de réparer.

Digitized by Google

idée : les incapacités ne sont établies qu'en ce qui concerne les obligations contractuelles ; dès qu'il s'agit d'obligations qui ne découlent point de la volonté des obligés, notamment dès qu'il s'agit de l'obligation de réparer le dommage qu'on a causé par faute ou dol, il n'y a plus qu'une capacité naturelle. Le motif donné par M. Labbé pour distinguer les faits qualifiés délits conduit donc encore à une solution générale. D'ailleurs, serrons de près la proposition ci-dessus. Si l'obligation de réparer les suites du dol ou de la faute qualifiés délits vient de ce qu'il ne s'agit alors que d'une capacité naturelle, c'est bien, si l'on nous permet cette expression, d'une capacité de *responsabilité civile*, qu'on entend ainsi parler. Ce n'est donc pas au droit *pénal* qu'est propre cette appréciation de la capacité, mais bien à la responsabilité en elle-même.

Nous ne saurions donc nous contenter de la concession faite par nos adversaires en ce qui concerne les faits de dol et de faute punis par la loi pénale, d'autant moins que les motifs sur lesquels ils appuient cette concession nous paraissent conduire irrésistiblement à notre doctrine de la responsabilité générale des incapables.

III.

19. La distinction de la faute et du dol dans les contrats et en dehors des contrats est-elle, au point de vue de l'existence de la responsabilité chez les incapables, plus solide sur le terrain des textes que sur celui des principes et des considérations générales ? Le Code civil établit-il nettement et d'une manière indiscutable la distinction que nous repoussons jusqu'à présent[1] ? S'il en était ainsi, nous n'aurions qu'à nous incliner devant les décisions de

[1] Le droit romain ne distinguait certainement pas à ce point de vue (L. 9, p. 2, *De minor.*, D., 4, 4) et nos anciens auteurs paraissent bien reconnaître également la responsabilité des incapables pour leur dol et leur faute actifs dans les contrats. — Domat, *Lois civiles*, I, livre IV, t. VI, sect. II, n° XI ; — Berthon de Fromental, *Décisions du droit civil, canonique et français*, v° *Mineurs* ; — Denisart, *Collect. de Jurispr.*, v° *Stellionat* ; — Raviot, *Arrêts notables du Parlement de Dijon*, tome II, quest. 246, n° 13. — V., sur ces points historiques, notre *Étude sur la Respons. civ. des incapables*, n°s 52-58 et 86.

Digitized by Google

la loi positive, alors même que nous n'en approuverions pas l'esprit. Mais il s'en faut que nous soyons réduit à cette extrémité : l'examen des textes ne pourra même que nous fournir un supplément de conviction. On s'en est cependant servi contre nous; aussi allons-nous les reprendre sous leur forme d'objections à notre théorie.

20. Il est parlé du dommage causé par dol ou faute en deux endroits différents du Code, une première fois au titre *Des contrats* (art. 1149-1151), une seconde fois au titre *Des engagements qui se forment sans convention* (art. 1382 et 1383), et l'on ne peut nier que, comme l'indique d'ailleurs la rubrique de chacun de ces titres, il s'agisse dans un cas du dol et de la faute commis à l'occasion d'un contrat et, dans l'autre, du dol et de la faute extra-contractuels. Pourquoi le Code a-t-il ainsi traité distinctement de ces deux hypothèses de dommage? Il suffit de lire les articles précités pour en être pleinement éclairé. Le législateur s'est placé au point de vue de *l'étendue de la réparation* et a posé des règles plus sévères dans un cas que dans l'autre : lorsque le dommage est causé à l'occasion d'un contrat, il trace les limites dans lesquelles le juge estimera le préjudice dont il est dû réparation; lorsqu'au contraire le dommage a lieu en dehors de tout contrat, on ne rencontre plus cette réglementation assez minutieuse de l'étendue de la responsabilité, la loi se contente de poser le principe de la réparation intégrale. La raison de cette différence se trouve, de l'avis général, dans l'existence du contrat, qui permet de supposer chez les parties l'intention de borner leur responsabilité réciproque à des limites raisonnables et point trop aléatoires.

Quoi qu'il en soit de cette différence de réglementation dans l'étendue de la responsabilité, sur laquelle nous n'avons pas à nous étendre davantage ici, un fait paraît certain, c'est cette différence même [1], quelle qu'en soit d'ailleurs la portée exacte.

[1] Remarquons toutefois que, si elle résulte des textes du Code civil, elle ne s'impose nullement en raison. C'est ainsi que, dans le *Projet de Code civil allemand* actuellement en élaboration, elle est totalement supprimée : le principe admis est celui de la réparation intégrale, quel que soit le fait d'où émane le préjudice. V. *Étude sur la Théorie générale des Obligations*,

Digitized by Google

Eh bien, c'est de cette différence limitée qu'on a voulu conclure à une différence plus étendue entre nos deux cas de responsabilité. « Nous sommes autorisé, dit M. Labbé, à dégager de « ces dispositions spéciales à l'estimation de l'indemnité encou- « rue cette idée générale : le dol du débiteur contractuel ne « transforme pas la nature de sa dette, et ne le précipite pas des « règles modérées des contrats sous les règles plus sévères des « délits [1]. » — Nous ne pouvons nous rallier à cette manière de voir. Oui, il y a une réglementation particulière au dol et à la faute commis dans les contrats, mais cette réglementation ne touche absolument en rien à l'existence même de la responsabilité. Le dol et la faute entre co-contractants donnent lieu à une appréciation du dommage différente de celle qui est permise en matière de dol et de faute extra-contractuels. Nous en convenons, nous sommes le premier à le proclamer. Mais nous n'apercevons pas en quoi cela peut gêner notre théorie : s'il y a une réglementation différente à ce point de vue, elle continuera d'exister lorsque l'auteur du dol ou de la faute sera un incapable, comme lorsque c'est un capable. En d'autres termes, cette différence entre les deux hypothèses de dommage tient uniquement à la différence des circonstances dans lesquelles il s'est produit, et nullement à la qualité des parties. Règles modérées des contrats, règles plus sévères des délits : outre que cela n'est vrai qu'à certains égards [2], la seule conséquence, à notre point de vue, c'est que l'incapable, comme le capable, sera tenu moins sévèrement, son obligation de réparer sera moins étendue en matière de contrats qu'en dehors des contrats. D'une différence dans l'évaluation conclure à une différence dans l'existence même de la responsabilité, il nous semble que c'est la seule nécessité d'appuyer, de près ou de loin, sur des textes la solution qu'on désire faire pré-

d'après le projet de Code civil allemand, par M. Saleilles, dans le *Bulletin de la Société de Législation comparée*, février 1889, p. 175.

[1] C'est l'un des principaux arguments de M. le conseiller Demangeat, dans son rapport sur la dernière espèce qui a donné lieu à un arrêt de la Cour de cassation, 23 novembre 1885. M. Labbé, dans une note sous cet arrêt, prend et développe l'argument (S. 86, I, 1).

[2] A d'autres égards, au contraire, les règles des contrats sont plus sévères que celles des délits. Voir, par exemple, art. 1205 et 1302 C. c.

Digitized by Google

valoir, qui peut conduire à une pareille hardiesse d'interprétation.

21. La vérité est qu'on manque de textes pour soutenir cette prétendue distinction, quant à l'existence de la responsabilité chez les incapables, entre le dol et la faute dans les contrats et le dol et la faute en dehors des contrats. On invoque pourtant comme décisif l'art. 1310 C. civ. [1]. Le mineur, dit cet article, n'est point restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit. Or, qu'est-ce que le Code entend par ces expressions « délit et quasi-délit » ? Le dol et la faute en dehors des contrats, comme l'indique la rubrique du chapitre II : *Des délits et des quasi-délits,* combinée avec celle du titre lui-même : *Des Engagements qui se forment sans convention.* L'art. 1310 revient donc à ceci : le mineur n'est point restituable contre les obligations résultant de son dol ou de sa faute en dehors des contrats. D'où l'on conclut, par argument *à contrario,* que le mineur est restituable contre son dol et sa faute dans les contrats.

Rien pourtant n'est moins décisif que cette argumentation, séduisante peut-être à première vue. C'est une règle d'interprétation que l'argument *à contrario* n'est bon que s'il ramène au droit commun. Or, on s'en sert ici dans le but précisément contraire. Le droit commun n'est-il point la capacité et, à notre point de vue, la responsabilité ? Et c'est d'une disposition qui ne fait que le consacrer expressément et inutilement [2], qu'on veut conclure à une dérogation à ce droit commun !

Cela ne serait point permis, même si la terminologie en cette matière était bien précise et certaine, et qu'on pût ainsi prétendre que, par délit et quasi-délit, l'art. 1310 entend uniquement et strictement le dol et la faute en dehors des contrats. Mais on n'a pas même cette ressource. Qu'on se reporte, en effet, au langage des jurisconsultes romains et de nos auteurs coutumiers [3]. Les incapables, disent-ils, répondent de leur dol et de leur faute dans les contrats de dépôt, de commodat... *vel alias* in contractu, quia in delictis *ætate neminem excusari constat.* Par délit ils enten-

[1] MM. Demangeat et Labbé, *loc. cit...*

[2] Inutilement, puisque les incapacités ne sont établies qu'en ce qui concerne les contrats (art. 1124) : « Les incapables de *contracter* sont... »

[3] V. les auteurs cités n° 19, note.

Digitized by Google

daient le dol et la faute quelconques, aussi bien dans les contrats qu'en dehors des contrats [1]. Le Code civil a-t-il précisé et fixé la langue juridique en cette matière? Ce serait se montrer bien peu exigeant que de le prétendre. En admettant même que notre législateur ait réservé les expressions délit et quasi-délit pour le dol et la faute extra-contractuels, on sait les discussions qui s'élèvent sur le point de savoir ce qu'il considère comme délit et ce qu'il considère comme quasi-délit. Mais il y a plus : on ne peut affirmer que par délit et quasi-délit il entende bien strictement le dol et la faute en dehors des contrats. L'art. 1310, en effet, ne se trouve-t-il point dans une section qui porte pour rubrique : « De l'action en nullité ou en rescision des *Conventions* » ? Dès lors, n'est-il point permis de supposer que cet article embrasse le dol et la faute, c'est-à-dire le délit et quasi-délit commis à l'occasion de contrats? Une disposition qui le précède, l'art. 1307, ne vise-t-elle pas expressément un délit de cette espèce, un dol dans les contrats, le dol du mineur qui fait croire à sa majorité?

Sans doute, le chapitre *Des délits et des quasi-délits* est placé sous la rubrique générale du titre *Des Engagements qui se forment sans convention*, d'où l'on serait tenté de conclure que le Code civil appelle exclusivement délit et quasi-délit le dol et la faute qui se produisent en dehors des contrats. Mais ce serait là ne voir que superficiellement les choses. *Des Engagements qui se forment sans convention* est une formule destinée à faire opposition à celle-ci : « Des Engagements qui se forment par convention ». Or, si vous vous placez en présence d'un dol ou d'une faute commis à l'occasion d'un contrat, direz-vous que l'obligation de réparer le dommage ainsi causé résulte de la convention? Supposez que le débiteur ait détruit par dol ou faute l'objet de sa dette. Son obligation aux dommages-intérêts est-elle une obliga-

[1] L'art. 1310 est la reproduction littérale de la règle romaine, tant répétée par nos anciens auteurs : *In delictis minoribus non subvenitur*, règle qu'on invoquait aussi bien pour le dol et la faute à l'occasion des contrats que pour le dol et la faute en dehors des contrats. L. 9, p. 2, *De minor.*, D. 4, 4; — L. 49, *De oblig. et act.*, D., 44, 7; — L. 2, *De itin. actuque priv.*, D. 43, 19. — V. notre *Étude sur la Responsabilité des incapables*, nos 58 et 86.

Digitized by Google

tion conventionnelle? Non, il nous semble; car l'obligation conventionnelle est éteinte par la perte de l'objet, et justement si le débiteur est tenu de dommages-intérêts, c'est parce que l'obligation contractuelle est éteinte *par son dol ou sa faute*. Que reste-t-il comme principe d'obligation, sinon uniquement ce dol ou cette faute? Nous sommes donc en présence d'un engagement qui ne s'est point formé par convention et qui est ainsi compris dans la rubrique qu'on nous opposait d'abord. Dès lors, il est aisé de voir que l'art. 1310 peut aussi bien comprendre le dol et la faute dans les contrats que le dol et la faute en dehors des contrats, comme nous le faisait supposer l'ordre d'idées de la section au milieu de laquelle on l'a placé. Qu'on appelle, pour la brièveté de l'expression, du nom de délit et quasi-délit plus spécialement le dol et la faute extra-contractuels, nous l'admettons volontiers. Mais que de ces expressions on prétende tirer des conséquences au point de vue si considérable de l'existence de la responsabilité, c'est ce que nous ne pouvons accepter en présence du langage des jurisconsultes romains et de nos auteurs coutumiers, et en présence aussi de la terminologie si peu précise du Code civil.

En un mot, et pour nous résumer, l'argument *à contrario* tiré de l'art. 1310, outre qu'il présente ce grave défaut d'éloigner du droit commun, suppose incontestable que, par les expressions délit et quasi-délit, l'article exclut absolument le dol et la faute commis à l'occasion des contrats; or nous venons de voir combien peu cette assertion est fondée.

22. Il est enfin un autre texte, dont on a voulu déduire le principe de l'irresponsabilité des incapables quant à leur dol et à leur faute dans les contrats. Ce texte, c'est l'art. 1307.

L'art. 1307, dit-on [1], dispose que « la simple déclaration de majorité, faite par le mineur, ne fait point obstacle à sa restitution. » Par argument *à contrario* (argument dont la légitimité ne saurait être ici contestée, puisqu'il ramène au droit commun), quand la déclaration n'est pas simple, mais est, par exemple, accompagnée de manœuvres frauduleuses, elle fait obstacle à la

[1] M. Labbé, dans Sirey, 1886, I, 1, note sous arrêt de la Cour de cassation.

Digitized by Google

restitution [1]. Jusqu'ici, rien à redire au raisonnement. Mais voici où il devient téméraire et, selon nous, tout à fait inadmissible. De la solution obtenue par le premier *a contrario*, on tire un nouvel *a contrario*, destiné, cette fois, à nous rejeter en dehors du droit commun; et on le présente sous la forme suivante. Le mineur n'est pas, en principe, restituable contre le dol qui consiste à tromper sur sa minorité; donc, *a contrario*, il est restituable contre tout autre dol, et notamment contre celui qu'il commet dans l'exécution du contrat. Si le législateur a senti le besoin de déclarer le mineur responsable de tel fait de dol relatif au contrat, c'est qu'à ses yeux la règle est l'irresponsabilité de cet incapable pour son dol dans les contrats.

Tel est l'argument. Il est plus aisé encore d'y répondre qu'à celui tiré de l'art. 1310. Est-il besoin d'abord de prévenir de la haute suspicion en laquelle on doit tenir un argument *a contrario* tiré d'une solution obtenue par un premier argument de même nature? N'avons-nous pas, en second lieu, remarqué que ce raisonnement aboutit à déroger au droit commun de la responsabilité?

Mais prenons à présent le raisonnement en lui-même, et voyons s'il est impeccable dans sa marche. Si le législateur, dit-on, a jugé utile de prononcer la responsabilité du mineur lorsque son dol consiste à tromper, dans des conditions déterminées, sur sa minorité... Mais où prend-on que le législateur ait ainsi disposé? Il nous paraît, au contraire, s'être servi du procédé tout à fait inverse : l'art. 1307, loin de déclarer un cas de responsabilité pour dol contractuel, déclare justement une irresponsabilité. Et c'est à nous maintenant d'appliquer à ce point de départ, à coup sûr exact, le raisonnement de nos adversaires pour le retourner contre eux. Si, dirons-nous, le Code a cru bon de déclarer le mineur restituable malgré tel fait de dol, c'est qu'il craignait que la règle de la responsabilité ne lui fit dénier la restitution même pour ce fait de dol peu grave. C'est donc qu'à ses yeux le principe est la responsabilité de chacun, des incapables comme des capables, à raison du dommage causé par dol ou faute; c'est donc, en un mot, que parmi tous les faits de dol, il n'y en a qu'un

[1] V. n° 6, note 2.

Digitized by Google

seul qui ne fasse point obstacle à la restitution du mineur; et ce dol est celui qu'il commet dans la formation du contrat, lorsque, voulant tromper sur sa minorité, il se borne à une simple déclaration de majorité. Il suit de là que tout autre fait de dol, tant dans la formation que dans l'exécution du contrat, entraîne responsabilité des incapables, en un mot, que les règles de la responsabilité s'appliquent aux incapables comme aux capables, et qu'ils répondent, en principe, de leur dol et de leur faute à l'occasion des contrats.

Ainsi, l'art. 1307, dont on prétend se servir contre nous, est au contraire, sainement interprété, un des arguments de texte les plus puissants en faveur de notre théorie.

23. Nous terminerons la réfutation de la distinction, au point de vue de l'existence de la responsabilité, entre le dol et la faute en dehors des contrats et le dol et la faute dans les contrats, en essayant de montrer combien incertaine et peu précise est cette distinction considérée en elle-même.

Le motif principal dont on l'appuie, celui sur lequel on revient sans cesse et dont on corrobore chacun des autres arguments, c'est l'imprudence du co-contractant qui n'a pas craint d'entrer en relations juridiques avec un incapable et a ainsi fourni, en quelque sorte, l'occasion du dol ou de la faute.

Nous demanderons alors aux partisans de cette doctrine comment ils résoudront l'espèce suivante. Un incapable veut déterminer une autre personne à répudier une hérédité avantageuse ou à libérer un débiteur qui ne l'a point payée; dans ce but, il la persuade que la succession est surchargée de dettes, ou que le débiteur est complétement insolvable. L'incapable est-il tenu de réparer le dommage qu'il a pu ainsi causer? Est-ce oui? Nous objecterons alors que cela est singulier, puisque la victime du dol s'est abouchée avec l'incapable. — Est-ce non? Nous objectons qu'il n'y a pas eu de contrat et que, par suite, le dol ne saurait être qualifié contractuel. Que si l'on prétend que, pour qu'il y ait dol contractuel, il faut que les relations entre les parties soient des relations juridiques, nous demanderons alors en quoi l'imprudence de la victime est dans ce cas plus grande que lorsqu'elle a prêté l'oreille aux suggestions de l'incapable qui l'a-

Digitized by Google

mène à refuser l'hérédité avantageuse ou à libérer son débiteur.

D'ailleurs, voici une autre hypothèse où le caractère juridique des relations se rencontre certainement, et où cependant l'embarras ne saurait être moindre. Un usufruit est établi contractuellement par une personne au profit d'une autre. Le constituant meurt, laissant un enfant mineur, lequel, pour affranchir son terrain de l'usufruit qui le grève, le fait disparaître sous une construction. Cet incapable est-il tenu de son dol? Oui, dites-vous, parce que la victime n'a pu se défendre, n'est pas entrée en relations avec lui. Mais, pourtant, l'occasion du dol est bien un contrat, le dol devrait donc être considéré comme contractuel!

Supposons enfin un contrat consenti par un tuteur. Le mineur commet ensuite un dol ou une faute relatifs à ce contrat. Est-ce dol ou faute contractuels? Mais où est l'imprudence de la victime? N'a-t-elle point traité avec qui elle devait, avec le tuteur? — Est-ce au contraire dol ou faute extra-contractuels? Mais, par l'effet de la représentation, n'est-ce donc point le mineur qui est partie au contrat?

Une espèce assez récemment soumise aux tribunaux [1] nous montre sous un autre jour encore l'incertitude de la distinction que nous combattons. Une vente avait été conclue entre un capable et un incapable, sous réserve de fixation du prix par expert. Celui-ci se trouve dans l'impossibilité de procéder à la détermination du prix, de sorte qu'en définitive la vente n'est point parfaite. Mais l'incapable avait commis, relativement à ce contrat commencé, un dol préjudiciable à l'autre partie. Devait-on le déclarer obligé à réparation? Le tribunal de Tours et, après lui, la Cour d'Orléans, répondirent affirmativement, en motivant leurs décisions sur l'absence de contrat. — Ne voit-on pas combien cette solution prête à la critique, si l'on songe seulement au motif de la distinction qu'on veut faire entre le dol contractuel et le dol extra-contractuel? C'est l'imprudence de la victime, qu'on allègue, pour dispenser l'incapable de la réparation de son dol

[1] Cour de cass., 23 novembre 1885 (S., 86, I, 1, — 2e espèce), arrêt sur lequel nous aurons à revenir (affaire duchesse de Bauffremont). La Cour de cassation ne fut pas appelée à se prononcer sur l'espèce dont nous parlons au texte (V. n° 31).

Digitized by Google

contractuel ! Or, l'imprudence, si l'on devait prendre en considération cette idée, ne consiste-t-elle point à s'aboucher avec un incapable ? Qu'importe à ce point de vue que les pourparlers aboutissent ou n'aboutissent point ? Devrait-on se référer au sort ultérieur du contrat ? S'il en était ainsi, nous répéterions ce que nous avons déjà dit en présence d'un contrat annulé pour incapacité ou pour toute autre cause : le dol et la faute commis à l'occasion de ce contrat cesseraient d'être contractuels dès que le contrat est annulé !

Le *criterium* est donc incertain et, par là même, la distinction sans valeur. Le terrain devient glissant, pour qui s'engage dans cette voie. Le mieux est de l'abandonner, d'autant qu'à la supposer précise, elle est loin de conduire sûrement à l'irresponsabilité des incapables pour leur dol et leur faute dits contractuels : nous nous sommes efforcé de le démontrer dans les numéros précédents.

IV.

24. Nous n'avons jusqu'ici fait que combattre la théorie de nos adversaires. Outre que ce travail préalable s'imposait en lui-même, il a déjà pour résultat de faire pressentir la théorie que nous allons proposer. Étant donnée la responsabilité indiscutable des incapables pour leur dol et leur faute en dehors des contrats, nier toute distinction entre ce dol et cette faute et le dol et la faute en matière de contrats, c'est dire suffisamment qu'on entend reconnaître dans ce dernier cas, comme dans le premier, l'existence de la responsabilité. Ce résultat était d'ailleurs tout indiqué par le principe que nous nous sommes maintes fois efforcé de mettre en lumière : l'incapacité et la responsabilité sont deux choses complétement indépendantes, et à la responsabilité naturelle correspond toujours la responsabilité juridique. Il nous faut à présent préciser notre doctrine, en bien marquer les traits principaux et en montrer le fonctionnement.

25. Entre co-contractants le dol et la faute commis peuvent être soit de même nature que le dol ou la faute entre étrangers, soit d'une nature différente et propre aux co-contractants. Entre personnes qui ne sont point liées par un contrat, il n'y a place

Digitized by Google

qu'à la faute et au dol actifs. Entre co-contractants, outre cette faute et ce dol actifs, il y a place aussi au dol et à la faute que nous appelerons négatifs.

Voici le sens de ces expressions et les idées qu'elles recouvrent. Le dol et la faute actifs sont ceux qui consistent en un fait extérieur dommageable, intentionnel dans un cas, non intentionnel dans l'autre. Je brise méchamment ou par imprudence les vitres de mon voisin : voilà un dol ou une faute actifs. L'intention mauvaise ou l'imprudence se sont manifestées activement; il y a un fait positif, d'où découle le dommage. Au contraire, la faute et le dol négatifs ne se manifestent que par une abstention ou une omission. Dépositaire de la chose d'autrui, je la laisse intentionnellement exposée aux mains des voleurs; commodataire, je laisse mourir, faute de soins, le cheval que vous m'avez prêté: voilà un dol et une faute négatifs. On désigne généralement cette faute sous le nom de faute d'omission.

Ceci compris, il va de soi que, tandis que la faute et le dol actifs sont possibles entre co-contractants comme entre étrangers, la faute et le dol négatifs ne sauraient, au contraire, se rencontrer qu'entre co-contractants, parce qu'on n'est légalement tenu d'agir pour autrui que si l'on s'y est obligé par convention[1].

Cette première distinction faite entre la faute et le dol actifs et la faute et le dol négatifs, il en faut faire une seconde, suivant que l'incapable a, ou n'a pas, valablement contracté.

26.— I. L'incapable n'a pas valablement contracté.— C'est par exemple, une femme mariée qui a contracté sans le consentement de son mari, une personne pourvue d'un conseil judiciaire sans l'assistance de ce conseil, un interdit sans son tuteur[2].

[1] *Nec obstat* art. 1383 C. c.. Si, aux termes de cette disposition, chacun est responsable du dommage causé même par sa négligence, cette responsabilité suppose évidemment un fait positif antérieur qui nécessite, à raison du danger dont il peut être la cause, une vigilance particulière; de sorte que la responsabilité encourue tient, même alors, non point précisément à la négligence dont on s'est rendu coupable, mais au fait positif accompli sans les précautions nécessaires.

[2] Nous ne donnons pas pour exemple le mineur qui prend seul part à un contrat; car il faudrait trop préciser ici, à raison de l'incertitude qui règne sur la condition du mineur (art. 1305).

Digitized by Google

A. *Faute et dol actifs.* — L'incapable répond de sa faute et de son dol *actifs*. Notre principe, en effet, est que le fait qui, en dehors de tout contrat, constitue un dol ou une faute, et fait naître à la charge de son auteur une obligation de réparer, ne cesse pas d'être un dol ou une faute parce qu'il a lieu à l'occasion d'un contrat, et continue, par là même, d'obliger à réparation. Le dol et la faute actifs ne prennent rien du contrat et n'ont pas besoin de lui pour être une source suffisante d'obligation. Qu'on les appelle, comme on le fait couramment, délictuels dans un cas, contractuels dans l'autre, outre que cette opposition de termes ne se trouve pas dans la loi, la différence de dénomination n'est pas nécessairement le reflet d'une différence de nature. Qu'il y ait des différences entre ces deux hypothèses de dol et de faute, notamment au point de vue de la charge de la preuve, nous n'en disconvenons pas, bien que cela même soit fortement contesté [1]. Ce que nous prétendons, c'est qu'aucune différence ne saurait être admise au point de vue de l'*existence* de la responsabilité, puisque cette responsabilité est tout-à-fait indépendante de la capacité contractuelle, et que l'unique source de l'obligation de réparer est le fait positif dommageable et imputable à son auteur.

Qu'importe donc que le contrat soit annulé pour incapacité? Ce n'est pas de ce contrat que découle la responsabilité. L'obligation contractuelle anéantie, l'obligation délictuelle de réparer subsiste intacte. L'une et l'autre n'avaient point la même source; or, une seule de ces sources est détruite. Pourrait-on attaquer l'autre? Il faudrait pour cela qu'on alléguât que l'incapable ne s'est pas fait habiliter pour commettre le dol ou la faute, ce qui ne manquerait point d'être plaisant.

B. *Faute et dol négatifs.* — Les incapables ne répondent point de leur faute ni de leur dol négatifs.

a.— Considérons d'abord la faute. En ce qui la concerne, la justification de la règle que nous posons est des plus faciles. La faute négative, ou faute d'omission, n'est rien autre chose que l'inexécution d'obligations contractuelles : or, l'incapable n'ayant

[1] V. Lefebvre, *De la Responsabilité...*, Rev. crit. 1886, p. 485; — Robin, *De la Responsabilité..., notamment au point de vue du fardeau de la preuve*, Thèse de Doctorat, Paris, 1887.

Digitized by Google

pu valablement assumer ces obligations, puisque son incapacité est une incapacité de contracter, comment lui reprocherait-on un défaut de soins auxquels il n'a pas pu s'obliger? La responsabilité d'omission se confond pleinement avec l'obligation contractuelle; elles ne font qu'un, ou, pour mieux dire, il n'y a point à proprement parler de responsabilité d'omission. Celui qui ne prête pas à la chose les soins auxquels l'oblige le contrat ne fait que manquer à une obligation purement contractuelle : on ne saurait le poursuivre qu'au nom du contrat. Or, quand il s'agit d'un incapable, ce contrat n'est pas valable. C'est pour lui un droit de ne pas exécuter les obligations que la convention avait pour but de faire naître à sa charge ; comment dès lors, le poursuivrait-on pour les avoir omises ?

Que si l'incapable répond de sa faute active, c'est que, le contrat annulé, il subsiste un fait, un fait dommageable et imputable à son auteur, source suffisante d'obligation. Le devoir juridique de ne pas nuire activement à autrui, s'il est corroboré par le contrat, survit à ce contrat, comme il lui a préexisté. La faute d'omission, au contraire, suppose nécessairement le contrat, n'est possible que par lui, de telle sorte que, si le contrat n'est pas valable, s'il n'a pas obligé l'incapable, il y a de la part de celui-ci impossibilité juridique de faute négative. L'obligation contractuelle anéantie, toute source d'obligation fait défaut. La seule chose qu'il soit possible d'alléguer contre l'incapable, c'est de n'avoir pas exécuté le contrat ; or, son incapacité a précisément pour but de le dispenser de cette exécution. Autrement, il est évident qu'il n'y aurait point d'incapacité ou qu'elle ne serait qu'un vain mot [1].

Voilà la vraie, mais aussi l'unique faute *contractuelle!* Voilà où l'expression est exacte et ne saurait être critiquée! Aussi, lorsqu'on dit, comme on le fait couramment, que les incapables ne répondent pas de leur faute contractuelle, si l'on n'entendait par là que la faute d'omission, nous applaudirions pleinement à cette déclaration. Mais il n'en est pas ainsi, nous le savons; et, par faute contractuelle, on entend toute faute, même active, commise à l'occasion d'un contrat. Le but de cette étude est de montrer

[1] C'est ainsi que l'incapable ne saurait répondre de la demeure.

Digitized by Google

qu'il y a là cependant deux espèces de fautes très différentes et qui, par cela même, doivent être soigneusement distinguées au point de vue de la responsabilité des incapables.

Observons, en terminant sur la faute, que cette distinction, qui repose sur des assises juridiques très solides, est en outre en parfait accord avec la raison. La faute active supposant une activité, un fait, l'attention a dû ou pu être éveillée sur les suites de ce fait. La faute négative, au contraire, puisqu'elle consiste uniquement en une omission, n'a évidemment pu éveiller l'attention : puisqu'on omet le fait même qu'on devrait accomplir, comment l'attention serait-elle attirée sur les suites de cette omission? On doit donc être, en fait, plutôt capable de faute active que de faute négative; car celle-ci suppose une force de réflexion abstraite et susceptible de se mettre en mouvement d'elle-même. Aussi bien, en ce point, le droit correspond-il exactement au fait, puisque, comme cela résulte de ce que nous avons dit, la capacité de faute d'omission n'est pas autre chose que la capacité contractuelle.

b. — Ce que nous venons d'exprimer pour la faute négative est-il vrai aussi du dol négatif? Bien que la solution puisse paraître ici plus douteuse, l'affirmative nous semble néanmoins s'imposer [1].

A quelles obligations l'incapable a-t-il manqué? Aux mêmes obligations que nous envisagions dans l'hypothèse de faute, c'est-à-dire à des obligations qu'il n'a pas pu valablement assumer, à des obligations purement contractuelles. Il existe, à la vérité, cette différence entre le cas de simple faute et le cas de dol, que celui qui par dol n'exécute pas les obligations nées ou plutôt qu'on voulait faire naître du contrat, s'abstient méchamment et dans l'intention de nuire et qu'il est ainsi à coup sûr plus coupable que celui qui omet simplement de prendre soin des intérêts de son co-contractant. La faute négative, pourrait-on remarquer

[1] Nous donnions tout à l'heure comme synonyme de faute négative l'expression plus facilement intelligible de « faute d'omission ». Nous ne pouvons plus parler de dol d'omission, puisque le dol implique volonté, et omission un oubli de la volonté. Si l'on voulait un synonyme, ce serait plutôt « abstention dolosive ».

Digitized by Google

avec raison, est négative absolument, à tous points de vue, aussi bien au point de vue subjectif qu'au point de vue objectif : il n'y a ni fait extérieur ni acte de volonté. Le dol négatif, au contraire, ne l'est qu'au point de vue objectif, en ce sens qu'il ne se traduit pas par un fait positif; mais il implique toujours un acte de volonté, la volonté de s'abstenir. Dès lors, serait-on tenté de conclure, le dol étant toujours en lui-même répréhensible, qu'importe la forme sous laquelle il se manifeste? Qu'est-il besoin de pitié pour celui qui *veut* être méchant? Faut-il donc prendre en considération le procédé par lequel on nuit volontairement? L'ordre public s'oppose à une pareille distinction.

Voilà, certes, des considérations de nature à produire l'hésitation. La morale conseille la répression du dol sous toutes ses formes. Il ne faut pas oublier cependant que, si le législateur doit avant tout s'inspirer de la morale, le jurisconsulte ne peut accepter une solution qui ne soit appuyée sur le droit. Or, à quel résultat nous conduisent très logiquement les règles du droit positif? A celui-ci, qu'on ne saurait être poursuivi pour n'avoir pas éxécuté, fût-ce volontairement, des obligations dont on n'était pas tenu. Prenons une vente consentie par un incapable : il se refuse à livrer à l'acheteur la chose vendue. N'est-ce point rigoureusement un dol, surtout s'il a déjà reçu et dissipé le prix? Que nous dit cependant le droit positif? En se refusant à l'exécution du contrat, l'incapable ne fait qu'user du droit qui lui appartient. Son obligation de livrer était purement contractuelle, le contrat seul avait pu la créer : or, l'incapacité, nous le savons, est une incapacité de s'obliger par contrat, de sorte que la responsabilité ici se confond intimement avec l'obligation. S'il en est ainsi de l'inexécution volontaire de l'obligation principale, à plus forte raison doit-il en être de même à l'égard des obligations accessoires, telles que celle de prendre soin et de conserver.

Il y a, en définitive, entre le dol actif et le dol négatif cette différence certaine, que le co-contractant a droit à ce que l'incapable ne lui nuise point par son fait, pas plus qu'un étranger, en d'autres termes il a droit à l'inaction de l'incapable comme de tous autres, et voilà pourquoi celui-ci est tenu de son dol et de sa

Digitized by Google

faute actifs; mais le co-contractant n'a pas droit à l'activité de l'incapable, cette activité ne pouvant être imposée que par une obligation contractuelle qui n'a pu être valablement assumée, et voilà pourquoi l'incapable ne répond point de sa faute ni de son dol négatifs. En résumé, et pour qui est bien pénétré de ces idées, il n'est pas besoin de dire que les incapables ne sont pas responsables de leur faute ni de leur dol négatifs : il suffit de dire qu'ils sont incapables de s'obliger par contrat. Le dol négatif, voilà le vrai et seul dol contractuel, si l'on veut se servir de ces expressions; la faute d'omission, voilà la vraie et unique faute contractuelle. Aussi, dans cette mesure et en ce sens, sommes-nous le premier à proclamer que les incapables ne répondent point de leur dol ni de leur faute contractuels.

C'est au sujet de ce dol et de cette faute seulement qu'il convient de parler de l'imprudence du co-contractant. Oui, il a été imprudent de croire que l'incapable emploierait son activité *pour* ses intérêts; car il devait savoir qu'il ne pouvait l'y obliger. Aussi bien en portera-t-il la peine. Mais, en cas de faute et de dol actifs, on ne saurait lui reprocher d'avoir compté que l'incapable n'emploierait pas son activité *contre* ses intérêts : il avait droit à cela vis-à-vis l'incapable comme vis-à-vis toute autre personne; aussi aura-t-il droit à réparation, pourvu que cet incapable soit responsable naturellement.

27. II. L'incapable a valablement contracté. — Il répond alors, en principe, de tout dol et de toute faute : dès qu'il y aura chez lui responsabilité naturelle, il y aura aussi responsabilité même pour la faute et le dol négatifs.

En ce qui concerne la faute et le dol actifs, cela ne saurait faire doute. Puisque l'incapable en répond alors même qu'il n'a pas valablement contracté, il est évident qu'il continue d'en répondre lorsqu'il s'est valablement obligé. On serait même tenté d'invoquer un *a fortiori*. Nous nous en abstenons cependant, pour ne pas donner prise à nos adversaires sur le premier point. De même que la nullité du contrat n'influe en rien sur la responsabilité pour faute et dol actifs, de même la validité de ce contrat n'ajoute rien à la certitude de la responsabilité. Nous avons trop ouvertement professé l'indépendance respective de

Digitized by Google

la capacité et de la responsabilité, pour nous prévaloir maintenant, et d'ailleurs bien inutilement, de cette circonstance que la capacité se rencontre.

Quant à la faute et au dol négatifs, la démonstration de la responsabilité des incapables qui ont valablement contracté résulte directement de l'absence complète des raisons qui nous les ont fait déclarer irresponsables lorsqu'ils n'étaient pas habiles ou habilités pour contracter. L'incapable, disions-nous, ne saurait être tenu pour l'omission, ni même pour l'inexécution volontaire d'obligations contractuelles qu'il n'a pu valablement assumer : le contrat annulé, rien ne reste comme source d'obligation. Or, ici, l'incapable a valablement contracté, et le contrat subsistera toujours comme source d'obligations. On ne peut plus dire que l'incapable a manqué à une règle qui ne s'imposait pas à lui; il ne pourra prétendre être dispensé de réparer son dol ou sa faute sous prétexte que l'obligation à laquelle il a failli va tomber par l'annulation du contrat. La conclusion est donc l'obligation de réparer, qui n'est en somme que l'obligation d'exécuter le contrat valablement formé.

28. Est-ce donc à dire que la responsabilité juridique ne correspondra plus nécessairement à la responsabilité naturelle, et que le point de vue de la capacité va influer ici sur le point de vue de la responsabilité? En aucune façon. Nous ne déclarerons ici encore de responsabilité juridique que là où nous reconnaîtrons la responsabilité naturelle.

Voici quelle est exactement la situation. Le contrat a établi une loi à laquelle l'incapable est tenu de se conformer en principe comme un capable, puisqu'il a valablement contracté. Telle est la conséquence unique de la capacité : établir valablement une loi qui s'impose à l'incapable. L'existence de cette loi donne l'occasion d'y manquer, d'y contrevenir : voilà maintenant le point de vue de la responsabilité. Et bien, en présence d'un manquement involontaire ou volontaire à cette loi, il y a lieu de se demander s'il existe chez l'incapable responsabilité naturelle, auquel cas seulement il faudra déclarer aussitôt la responsabilité juridique. En d'autres termes, l'effet de la capacité ou de l'habilitation n'est que de permettre la création d'une situation parti-

Digitized by Google

culière, analogue à celle qui existe pour tous en vertu de la loi générale obligeant chacun à réparer le dommage causé par sa faute.

Cela compris, voici le résultat auquel nous arrivons. L'incapable répondra, comme un capable, de son dol négatif, puisque dol implique intention de nuire et, par là même, responsabilité naturelle.

Quant à la faute négative, l'application de notre théorie exige plus de développements.

29. La responsabilité juridique, avons-nous dit maintes fois déjà, dépend intimement de la responsabilité naturelle. Cela est vrai, en principe, pour les capables comme pour les incapables, les deux idées de capacité et de responsabilité étant indépendantes l'une de l'autre. Toutefois, au moins en ce qui regarde les capables, le droit romain et notre droit français ont posé, quant à la faute négative, des règles abstraites qui semblent porter, dans une certaine mesure, atteinte à ce principe. Il existe, en effet, depuis Rome, une théorie de la faute contractuelle, dont le but est de déterminer à l'avance et de préciser l'étendue de la responsabilité du co-contractant. Le contrat établit une loi entre les parties, oblige chacune d'elles ou l'une seulement à employer son activité dans l'intérêt de l'autre; mais il ne détaille pas minutieusement l'étendue ni les applications de cette obligation. Quel degré d'attention, quelle quantité de soins le vendeur est-il tenu de prêter à la chose vendue en attendant la tradition? Généralement les parties ne s'expliquent point là-dessus. La théorie de la faute contractuelle vient suppléer à ce silence, à cette incertitude. Selon le but du contrat, l'obligé sera censé avoir voulu promettre une activité plus ou moins grande. Tantôt il sera considéré comme ne s'étant engagé qu'aux soins qu'il prête habituellement à ses propres affaires; et alors la responsabilité juridique et la responsabilité naturelle continueront de correspondre. Tantôt on le regardera comme tenu des soins que donne à ses propres intérêts, non plus lui, l'obligé, mais un type asbtrait, idéal, qu'on désigne, depuis le droit romain, sous le nom de bon père de famille [1]; et c'est ici que la responsabilité juridique va, semble-

[1] Telle est même la règle posée par le Code civil (art. 1137, 1er al.).

Digitized by Google

t-il, pouvoir se rencontrer sans la responsabilité naturelle. Il est possible, en effet, que telle personne, partie au contrat, ne soit pas en fait le type du bon père de famille; sa responsabilité juridique n'en sera pas moins mesurée à celle de ce type abstrait.

Il ne s'agit là, en réalité, que d'une présomption de l'intention des parties : quelle situation ont-elles entendu créer entre elles? Aussi, parvenu à ce point, pouvons-nous constater qu'il n'y a point encore, même là, dérogation à la règle de la correspondance étroite des deux responsabilités juridique et naturelle. Il n'y a dérogation qu'apparente, puisque cette théorie de la faute contractuelle n'a d'autre but que de préciser la portée de la loi créée par le contrat. Celui-là même qui n'est pas un bon père de famille est présumé avoir promis dans l'espèce les soins d'un administrateur de cette qualité; il devait connaître cette présomption de la loi et, puisqu'il ne l'a pas écartée, il est censé l'avoir acceptée. Pas de doute, dès lors, qu'il ne soit en faute, s'il n'a point prêté les soins auxquels il s'est obligé : sa faute, en somme, est de n'avoir pas rigoureusement exécuté le contrat; il s'agit moins de responsabilité que d'obligation contractuelle, ainsi qu'il en est toujours de la faute négative.

Quoi qu'il en soit, voilà ce qui est certainement vrai des capables. Cette théorie de la faute contractuelle, c'est-à-dire de la faute négative, doit-on l'appliquer aux incapables? Il semble, à première vue, qu'il n'y ait aucune raison de différence. L'habilitation n'a-t-elle pas eu pour but de mettre l'incapable, vis-à-vis son co-contractant, dans la même situation qu'un capable? Sans cela, l'incapacité resterait indélébile et continuerait de produire effet, au moins dans une certaine mesure, malgré toutes les précautions prises par le co-contractant en conformité de la volonté de la loi.

L'assimilation complète de l'incapable qui a valablement contracté au capable ne nous paraît pourtant pas, au point de vue de la faute contractuelle, devoir être acceptée sans contrôle, et peut-

Toutefois, des exceptions, que fait pressentir le 2e al. de ce même article et qui se rencontrent dans diverses dispositions du Code (V. par ex. articles 804 et 1927) rapprochent sensiblement la théorie française de la théorie romaine.

Digitized by Google

être cet examen va-t-il nous conduire à penser que la théorie de la faute contractuelle proprement dite, c'est-à-dire de la faute négative, ne doit pas être, même alors, strictement appliquée. La raison de douter vient de ce que l'habilitation nous apparaît comme destinée bien plus, sinon exclusivement, à procurer le but principal du contrat, qu'à permettre l'établissement des liens de droit accessoires dont l'inobservation constitue la faute négative ; la nature même des formalités d'habilitation le prouve suffisamment. Prenons pour exemple un faible d'esprit pourvu d'un conseil judiciaire (art. 499 C. c.). Il vend l'un de ses immeubles avec l'assistance de son conseil. La vente est valablement formée, en ce sens que l'incapable est tenu de livrer l'immeuble à l'acheteur. Tel a été le but principal de la vente, pour ne pas dire son but unique, au point de vue de l'acheteur ; et c'est pour l'atteindre sûrement qu'il a exigé l'assistance du conseil. Mais entre la vente et la tradition s'écoule un temps plus ou moins long, pendant lequel le vendeur ne prête pas à la chose tous les soins d'un bon père de famille (art. 1137 C. c.), de sorte qu'au jour de la tradition elle a diminué de valeur par sa faute. Peut-on dire que l'incapable, habilité pour l'aliénation par vente, l'a été aussi pour les obligations accessoires tacitement contenues dans le contrat? L'habilitation tendait-elle donc à autre chose qu'à rendre possible l'aliénation valable de son immeuble? Comment aurait-elle la vertu de lui donner désormais aptitude à prêter aux intérêts de l'autre partie les soins d'un bon père de famille? L'assistance du conseil était utile dans la vente pour la sauvegarde des intérêts de l'incapable. Mais comment cette assistance, qui a eu lieu à un moment précis et limité, serait-elle pour l'avenir un gage de sagesse et de prudence chez la personne faible d'esprit?

Que l'on présume, de la part d'un capable, le consentement à se conduire en bon père de famille, cela n'a rien d'exagéré; car, si chacun ne réalise pas ce type abstrait du sage administrateur, au moins chacun devrait-il le réaliser. Mais on ne saurait en dire autant des incapables, que la loi déclare tels précisément parce qu'elle les considère comme rien moins que de bons pères de famille. L'incapable est, par définition légale, exactement l'opposé de cet idéal. L'habilitation a pour but de ne le point priver

Digitized by Google

de la jouissance des droits dont on juge imprudent de confier à lui seul l'exercice; cette institution, établie dans son intérêt, ne doit pas être retournée contre lui. L'assistance du conseil, par exemple, est, nous venons de le dire, un acte instantané, et non continu. Au moment où l'incapable se met en faute, il n'a plus cette assistance, il est livré à lui-même : lui appliquer la théorie de la faute contractuelle serait faire produire à l'habilitation des effets contre l'incapable, alors que la protection qui en résulte a cessé d'exister.

Voici donc quelle est, à notre sens, sa condition au point de vue de la faute contractuelle, ou négative : il ne répond jamais que de la faute qu'il ne commettrait pas dans la gestion de ses propres affaires.

Cela même nous fait prévoir que la responsabilité pour la faute négative se rencontrera plus ou moins fréquemment suivant les différentes catégories d'incapables. Ceux dont l'incapacité est plus particulièrement basée sur la nature, c'est-à-dire sur la faiblesse de l'état intellectuel ou mental, devront bénéficier d'une appréciation plus indulgente. La femme mariée, au contraire, qui serait parfaitement capable si elle était fille ou veuve, devra être mise à peu près sur le même rang que les capables.

30. Tout ce que nous avons dit du dol et de la faute commis par les incapables à l'occasion de contrats est applicable au dol et à la faute qu'ils peuvent commettre à l'occasion de quasi-contrats. Ceux-là mêmes qui nient la responsabilité des incapables pour leur dol et leur faute contractuels doivent nous opposer ici une résistance bien moins vive; car ils ne peuvent plus alléguer toujours l'imprudence de la victime, comme, par exemple, dans le quasi-contrat de gestion d'affaires, lorsque l'incapable joue le rôle de gérant à l'insu du maître.

V.

31. C'est au sujet de la femme dotale, considérée comme incapable [1], que les tribunaux ont eu le plus souvent à se pro-

[1] La jurisprudence constante rattache à une incapacité de la femme l'inaliénabilité de la dot; aucun arrêt, à la vérité, ne proclame expressément ce principe, mais tous le présupposent. — Montpellier, 7 janv. 1830, S. 30, II,

Digitized by Google

noncer. Rapprochons rapidement leurs décisions de la théorie que nous venons de proposer.

Un arrêt de la Cour d'Agen, du 6 février 1865 [1], en a fait une exacte application, en décidant que l'exécution de l'obligation de la femme au paiement de la différence résultant d'une revente faite à sa folle enchère, peut être poursuivie sur ses biens dotaux, lorsque la femme a agi de mauvaise foi en se rendant adjudicataire.

En ce qui concerne la faute, la Cour de Pau rendit, le 2 juin 1880 [2], un arrêt qu'il ne nous est pas permis d'approuver. Comme dans l'espèce précédente, c'est d'une adjudication qu'il s'agit, dans laquelle une femme dotale s'est rendue adjudicataire ; mais, ici, c'est sans mauvaise foi qu'elle a porté l'enchère : illettrée, et ayant des ressources presque suffisantes, elle est restée adjudicataire en élevant de cinq francs seulement la mise à prix. La Cour de Pau déclara la femme non tenue sur ses biens dotaux du paiement de la différence qui résulta de la revente faite à sa folle enchère. — Sans doute la faute était minime; mais enfin c'était une faute. Il est vrai que pareille faute n'est possible qu'à l'occasion d'une adjudication. Mais, d'abord, la femme était capable de contracter [3], donc d'assumer l'obligation de diligence et de réflexion qui incombe à quiconque veut s'obliger; et

69; — Bordeaux, 20 déc. 1832, S. 33, II, 279; — Cass. (Ch. réun.), 7 juin 1864, S. 64, I, 201; — Bordeaux, 23 mars 1865, S. 65, II, 234. — La plupart des auteurs sont d'ailleurs en cela d'accord avec la jurisprudence. V. Labbé, *Rev. crit.*, 1856, t. IX, p. 5 et 9; — Colmet de Santerre, *Cours analyt.*, t. VI, n° 226 *bis* II et suiv.; — Gide, *De la condition privée de la femme*, livre IV, ch. III; — Deloynes, *Rev. crit.*, 1882, p. 547 et suiv.; — Renault, *Rev. crit.*, 1885, p. 582. — Observons que c'est bien ainsi que le législateur de 1850 a compris l'inaliénabilité dotale : « ..... la femme sera réputée, à l'égard des tiers, *capable* de contracter dans les termes du droit commun. » — *Contrà*, Mongin, *Rev. crit.*, 1886, p. 92 et suiv., p. 170 et suiv.

[1] Sirey, 1865, II, 240.

[2] Sirey, 1882, II, 249 — et l'une des principales notes de M. Labbé sur la matière. — V. aussi : Nimes, 11 janv. 1878, S. 79, II, 182.

[3] La femme dotale, en effet, n'est pas incapable de contracter, de s'obliger ; son incapacité a ceci de particulier qu'elle est relative à certains biens seulement, les biens dotaux, de sorte que toutes les obligations qu'elle contracte comme femme mariée sont valablement contractées même pour la femme dotale, sauf qu'elles ne peuvent être exécutées sur les biens dotaux.

Digitized by Google

puis, dans l'adjudication, le vendeur ne choisit pas son co-contractant : se présente qui veut, et il n'était pas libre d'écarter la femme dotale, de sorte que nos adversaires ne sauraient même parler d'imprudence.

Un récent arrêt de la Cour de cassation, du 23 novembre 1885[1], visant également le cas d'une femme dotale (duchesse de Bauffremont), s'attache nettement à l'existence ou à la non-existence d'un contrat pour déterminer la responsabilité de la femme sur ses biens dotaux. Deux espèces, relatives à la même personne, avaient été soumises, d'abord au tribunal de Tours (17 avril et 11 décembre 1883), puis à la Cour d'Orléans (3 mars 1884).

Première espèce. — La duchesse de Bauffremont emprunte à M. Cuvier une somme de 10.000 fr., remboursable immédiatement par la livraison de bestiaux pris dans le troupeau d'un domaine de la duchesse, suivant l'estimation qui en serait faite par expert. Après que cet expert eut procédé aux évaluations convenues, Mme de Bauffremont, au lieu de faire la remise des bestiaux, opposa au sieur Cuvier les refus les plus opiniâtres. Jugement du tribunal de Tours (17 avril 1883), condamnant la duchesse à des dommages-intérêts; puis, en exécution de ce jugement, saisie par Cuvier du domaine de Fontenailles, immeuble dotal de la duchesse, laquelle demande la nullité de la saisie pour cause de dotalité. Jugement du tribunal civil de Tours, qui rejette la demande en nullité des poursuites, par la raison que l'obligation qui motive la saisie provient d'un délit ou quasi-délit. La Cour d'Orléans (13 mars 1884), sur appel de Mme de Bauffremont, annule le jugement et la saisie, en motivant ainsi son arrêt : Il y a eu contrat librement consenti par Cuvier, et réellement formé, puisque l'expert a fixé le prix de ses bestiaux; le dol de la débitrice ne saurait donc être qu'un dol contractuel, et son obligation de réparer qu'une obligation contractuelle, par conséquent non exécutoire sur les biens dotaux. La Cour de cassation (23 novembre 1885), sur pourvoi du sieur Cuvier, maintint l'arrêt de la Cour d'Orléans, en s'appuyant sur les mêmes motifs[2].

[1] Sirey, 1886, I, 1; rapport de M. le conseiller Demangeat, et note de M. Labbé.

[2] M. Labbé (note sous l'arrêt cité) corrige dans une certaine mesure les

Digitized by Google

Nous ne pouvons approuver la décision de cet arrêt, même en supposant, pour mettre les choses au pire, que le demandeur connaissait le régime sous lequel était mariée la duchesse et le caractère dotal de tels et tels biens. La nature particulière de l'incapacité de la femme dotale fait qu'elle contracte valablement, mais que ses obligations contractuelles ne peuvent être poursuivies sur ses biens dotaux. Elle a donc valablement assumé l'obligation de livrer les bestiaux. Que l'inexécution volontaire et malicieuse de cette obligation constitue un dol, c'est ce que l'on ne saurait nier. De ce dol naît une obligation, celle de réparer le dommage ainsi causé, et cette obligation est délictuelle, comme toutes celles qui ont pour cause un dol; l'exécution doit donc en être possible sur les biens dotaux [1].

Deuxième espèce. — Dans le courant du même mois où la duchesse de Bauffremont avait fait avec Cuvier la convention dont nous venons de parler (oct. 1881), Cuvier vendit à la duchesse des têtes de bétail livrées immédiatement, moyennant un prix à fixer par dire d'expert. Ce prix ne put être fixé, Mme de Bauffremont se refusant malicieusement à permettre l'évaluation convenue. Elle se refusait aussi, d'autre part, à restituer les bestiaux à Cuvier. Le tribunal de Tours la condamna à des dommages-intérêts (17 avril 1883), puis valida la saisie pratiquée par Cuvier sur un bien dotal, le même domaine de Fontenailles, en exécution de la condamnation prononcée (11 déc. 1883). La Cour d'Orléans, sur appel de la duchesse, confirma le jugement du tribunal de Tours. — La décision est donc tout l'opposé de

conséquences excessives de la théorie admise par l'arrêt, et qu'il admet lui-même. La femme dotale ne répond pas sur sa dot des suites de son dol commis à l'occasion d'un contrat; mais la victime du dol a toutefois une action *de in rem verso*, qui peut être exercée même contre la dot, jusqu'à concurrence de son augmentation de valeur. (V. aussi : Caen, 19 et 20 juillet 1866, S. 67, II, 261 ; — Bordeaux, 17 juin 1874, S. 75, II, 132 ; — Cass. 10 juin 1885, S. 85, I, 345).

[1] S'il s'agissait de tout autre incapable, dont l'incapacité de contracter est générale, la question changerait considérablement : le co-contractant n'ayant point été trompé sur l'incapacité, le refus d'exécution de la part de l'incapable ne serait que l'exercice d'un droit. — La femme dotale, elle, s'est valablement obligée, puisque l'objet de son obligation n'était pas, il faut le supposer, un bien dotal et inaliénable.

Digitized by Google

celle qui fut donnée dans la première espèce. On en voit déjà la raison : la vente n'ayant pu être parfaite, faute de fixation du prix, le dol de la duchesse ne peut être considéré comme contractuel ; on est donc en présence d'un dol commis en dehors de tout contrat, entraînant par suite responsabilité de l'incapable et, pratiquement, l'exécution de l'obligation de réparer même sur les biens dotaux [1].

Ici, nous ne critiquerons point le résultat; c'est celui auquel nous conduit notre théorie. Mais nous ne pouvons résister au désir de critiquer le motif présenté par la Cour d'Orléans. Sous une apparence extrêmement correcte et juridique, il n'est rien moins que spécieux, si l'on songe au point de départ assigné à la distinction si généralement reçue entre le dol contractuel et le dol délictuel. Le point de départ, c'est, nous le savons, le fait par le co-contractant d'être entré en relations avec un incapable. Qu'importe donc que les pourparlers aient ou n'aient pas abouti? La prétendue imprudence n'est-elle pas la même ? Nous avons trop insisté sur cette idée pour qu'il soit utile d'y revenir ici plus longuement.

D'ailleurs, même en ce qu'elle allègue qu'il n'y a pas eu de contrat, la Cour d'Orléans nous paraît faire un raisonnement inexact. C'est ce que montre très bien M. Labbé dans sa note sous l'arrêt précité : « La Cour détruit elle-même son raisonnement « en disant que les bestiaux étaient entre les mains de la du- « chesse ou de ses gens pour son compte, à titre de dépôt. Il n'y « a pas eu vente conclue; mais il y a eu dépôt en vue d'une « vente projetée. C'est toujours un contrat, le résultat d'un ac- « cord de volontés. » Néanmoins, M. Labbé approuve en elle-même la décision de la Cour ; mais il la motive sur ce que le fait de la duchesse de Bauffremont constituait un délit pénal : elle avait disposé par vente de la chose déposée et s'était ainsi rendue coupable d'un abus de confiance. — Nous aussi, nous approuvons la décision, mais sans avoir besoin de la justifier par le caractère de délit pénal qu'on pouvait reconnaître au dol de Mme de Bauffremont.

[1] La duchesse de Bauffremont ne se pourvut pas en cassation sur ce chef.

Digitized by Google

VI.

32. Il ne nous reste plus qu'à indiquer les conséquences du dol ou de la faute que l'incapable a commis et dont nous l'avons reconnu responsable. La question se ramène très simplement aux termes suivants : les règles spéciales de l'incapacité modifient-elles, et en quel sens, les règles générales qui constituent la sanction de la faute et du dol dans les contrats?

Considérons d'abord le dol dans la formation du contrat. C'est un dol sur le motif, sur la cause ou sur l'objet [1], en un mot un dol qui, étant la raison déterminante de la convention, donne à la victime le droit d'en demander la nullité (art. 1116). Nous sommes alors en présence d'un contrat qui peut être attaqué par chacune des parties, ce qui ne veut pas dire qu'il s'agit d'une nullité absolue. Non; seulement il y a concours de deux nullités relatives, l'une pour incapacité, au profit de l'incapable; l'autre, pour dol, au profit de la victime du dol et contre l'incapable. Comment se dénouera cette situation? Il est peu probable que l'incapable invoque la nullité; car, s'il a trompé son co-contractant, c'était vraisemblablement qu'il comptait tirer un profit du contrat. Cependant, il se peut néanmoins qu'il l'invoque, soit qu'il ait fait un faux calcul, soit qu'ayant dissipé l'équivalent qu'il a reçu, il ait tout à gagner à l'annulation de la convention (art. 1312). Dans ce cas, l'autre partie intentera en même temps son action fondée sur le dol : point ne lui sera besoin de demander la nullité, puisqu'elle va être prononcée sur la demande de l'incapable; mais il conclura à des dommages-intérêts, de sorte que, l'incapable n'eût-il point profité de l'équivalent qu'il a reçu, il n'en devra pas moins restituer la valeur, sans préjudice de plus amples dommages-intérêts, s'il y a lieu.

Si l'incapable ne se prévaut pas de son incapacité pour demander l'annulation du contrat, son co-contractant agira comme s'il était en présence d'un capable, et demandera la nullité, plus peut-être des dommages-intérêts.

Que si la victime du dol n'avait pas encore exécuté le contrat,

[1] V. des exemples dans Bédarride, *Tr. du dol*, I, nos 53-56; nos 61-63 nos 64 et 65.

Digitized by Google

elle n'aurait qu'à se tenir sur la défensive. Sans doute elle ne pourra point se refuser à exécuter en alléguant que la convention est entachée d'incapacité; mais elle pourra s'y refuser en opposant l'exception de dol.

Nous avons supposé jusqu'ici un dol qui a été la cause déterminante du contrat. Si le dol n'a été qu'un incident dans le contrat, s'il a seulement déterminé des conditions plus onéreuses que celles qu'aurait acceptées le co-contractant sans l'erreur dans laquelle on l'a induit, les choses ne se passeront pas moins simplement que dans l'hypothèse précédente. Ou l'incapable veut le maintien du contrat et ne se prévaut point de son incapacité, auquel cas la victime du dol réclamera des dommages-intérêts; ou bien l'incapable invoque son incapacité et demande l'annulation, et dans ce cas le co-contractant n'aura rien à prétendre, puisque les choses seront, du fait même de l'incapable, remises en l'état.

Il n'aura rien à prétendre, du moins en principe. Mais il est possible cependant qu'il ait intérêt et, par là même, droit à réclamer néanmoins des dommages-intérêts. Voici dans quelles circonstances. L'annulation pour incapacité n'aboutira à remettre les choses en l'état que si l'incapable a profité de l'équivalent reçu; car, alors, il devra le restituer. Mais s'il l'a dissipé, l'annulation n'aura pour résultat que d'obliger son co-contractant à rendre à l'incapable ce qu'il en a reçu, sans obliger celui-ci à rien restituer. Or, ce prix que l'incapable a dissipé doit être décomposé en deux parties : 1° la partie correspondant à peu près à la valeur réelle de la chose et que le co-contractant aurait accepté de payer même sans le dol; 2° la partie qui correspond au dol et que le co-contractant n'eût point accepté de payer sans ce dol. La première partie du prix est perdue sans retour pour le co-contractant (art. 1312), puisque, dans cette mesure, il n'y a lieu qu'à la pure application des règles sur l'incapacité. Quant à la seconde fraction, il nous semble que l'incapable doive être condamné à la restituer, bien qu'elle ne lui ait pas profité; car le co-contractant ne s'en serait point dessaisi sans le dol et, dans cette mesure, il n'est plus question de capacité ni d'incapacité contractuelles, mais de responsabilité.

33. S'il s'agit maintenant d'un dol ou d'une faute dans

Digitized by Google

l'exécution, nous ne rencontrons point de difficulté spéciale. La responsabilité une fois établie conformément aux règles que nous avons posées, l'incapable devra être condamné à des dommages-intérêts comme une personne capable.

Il convient toutefois d'observer que, si l'on envisage le résultat, une distinction s'impose entre le cas où le contrat obligeait l'incapable à restituer au co-contractant la chose de celui-ci, et le cas où le contrat l'obligeait à faire avoir au co-contractant sa propre chose à lui incapable.

Dans le premier cas, l'annulation du contrat pour incapacité n'enlèvera jamais à la victime le droit à la réparation; car l'annulation n'empêche pas que l'incapable doive restituer au co-contractant sa chose : or il la rend détériorée par son dol ou sa faute actifs.

Dans le second cas, au contraire, il se trouve que la victime n'aura pas droit à réparation, non parce que l'incapable ne serait pas responsable, mais parce que le dommage causé par son dol ou sa faute disparaît derrière un dommage plus considérable qui, celui-là, résulte de l'exercice d'un droit : nous parlons du dommage causé par l'annulation du contrat pour incapacité. Puisque le but du contrat était d'obliger l'incapable à livrer sa propre chose, qu'importe qu'il l'ait ensuite volontairement ou imprudemment détériorée? Il dépend de lui de n'être point obligé de la livrer. Les choses se passeront donc comme si l'incapable n'était point responsable de son dol ni de sa faute. Mais, nous prions de le remarquer, ce n'est que dans le résultat qu'il y a analogie, et non dans la cause. L'incapable est responsable ici comme dans l'hypothèse précédente. Que si, malgré cela, la victime ne peut demander réparation, c'est uniquement parce que le droit de l'incapable d'invoquer la nullité, et l'exercice de ce droit, entraînent forcément pour le co-contractant un dommage au moins aussi considérable que celui qui résulte du dol ou de la faute, lesquels ne lui causent ainsi aucun préjudice particulier.

Et, précisément pour cette raison, si l'incapable avait reçu un équivalent, il faut reconnaître que, à la différence de ce qui doit être admis pour le dol incident dans la formation du contrat, l'incapable ne serait jamais tenu ici de restituer que ce qui a

Digitized by Google

tourné à son profit. Si l'incapable a reçu un prix et s'il ne l'a plus en entier dans son patrimoine, ce n'est point par suite de sa faute dans le contrat; il n'aurait point commis de dol ni de faute que cet équivalent, dans l'espèce, ne se retrouverait pas davantage entre ses mains [1].

34. La conclusion de cette étude peut se résumer en quelques mots.

Si la distinction de la faute délictuelle et de la faute contractuelle présente de l'intérêt au triple point de vue de la charge de la preuve, de la gravité de la faute et de l'étendue de la réparation, — intérêts que nous n'avons point mis en discussion, — elle n'en présente pas à notre point de vue de l'existence de la responsabilité chez les incapables. Ce n'est pas à cette distinction qu'il faut s'attacher pour la détermination de cette responsabilité, mais à la distinction de la faute active et de la faute négative. Les incapables répondent dans les contrats de toute faute dont ils seraient tenus en dehors des contrats, c'est-à-dire de la faute active.

Le fondement de notre théorie, c'est que la capacité contractuelle et la responsabilité sont deux idées bien distinctes et indépendantes (art. 1124), — que tout dommage oblige à réparation celui qui l'a injustement causé (art. 1382), — et que le dol et la faute ne changent pas de nature, au point de vue de l'existence de la responsabilité, suivant qu'ils sont commis entre étrangers ou entre co-contractants. A ce point de vue, toute faute et tout dol, même ceux qui consistent dans le manquement à des obligations purement contractuelles, emportent au même titre responsabilité. Si les incapables ne répondent point de cette dernière espèce de dol et de faute, c'est uniquement parce qu'ils n'ont pu assumer valablement des obligations contractuelles. Que s'ils ont

[1] La sanction du dol spécial aux incapables et qui consiste à tromper sur leur incapacité se présente sous un jour tout différent et soulève une difficulté des plus délicates, résultant de ce que la demande du co-contractant trompé tend alors, non plus à l'annulation, mais au maintien du contrat. — Nous avons prévenu (n° 6, note 2) que nous laissions en dehors de la présente étude cette hypothèse particulière de dol. (V. notre *Etude sur la Respons. civ. des incapables*, n°s 93-98).

Digitized by Google

valablement contracté, ils pourront être déclarés responsables même de ce dol et de cette faute.

Nous sommes heureux de trouver, dans le *Projet de Code civil allemand*, la consécration de cette idée fondamentale que, quant à l'existence de la responsabilité, il n'y a pas de distinction à faire entre le dol et la faute dans les contrats. Nous avons même vu qu'il n'admet pas de différence quant à l'étendue de l'obligation de réparer. « Le projet ne connaît aucune de ces « théories subtiles et raffinées; il les connaît si peu que, pour lui, « toute faute est un délit civil;... ce que nous appelons la faute « contractuelle est pour les auteurs du projet un délit civil « comme tous les autres [1]. »

Le Projet paraît ainsi aller plus loin que nous, en qualifiant délit civil même la faute négative, que nous avons à plusieurs reprises désignée comme étant la seule et vraie faute contractuelle. Mais il n'en est rien : nous ne reculons nullement devant cette appellation. Que cette faute soit un délit, ce n'en est pas moins un délit résultant uniquement de l'omission d'obligations contractuelles. C'est, si on le veut, un délit contractuel; ces expressions, certes, jurent terriblement dans nos habitudes de langage. Mais qu'importe si l'idée est vraie? Or, en raison, rien n'empêche d'appeler délit contractuel le délit qui consiste uniquement dans le manquement à des obligations contractuelles, de même qu'on est convenu d'appeler délit, simplement, celui qui consiste dans la violation d'obligations légales. Les jurisconsultes de Rome n'hésitaient pas, nous l'avons vu, à se servir de l'expression *delinquere in contractu* (V. n° 5).

A. DESCHAMPS.

[1] V. *Étude sur la Théorie générale des Obligations d'après le Projet de Code civil allemand*, par M. Saleilles, dans le *Bulletin de la Société de Législation comparée*, février 1889, p. 177.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris. — Imp. F. Pichon, 282, rue Saint-Jacques, et 24, rue Soufflot.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE CIVILE
(PROPRIÉTÉ ET CONTRATS).
(Arrêts publiés en 1889).

Par M. Marcel PLANIOL, professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris.

I. Vente de valeurs dotales, responsabilité de l'agent de change.
II. Dot, rente viagère, remboursement du capital, immutabilité du contrat de mariage.
III. Femme séparée ou divorcée, renonciation à la communauté, présomption de la loi, preuve contraire.
IV. Renonciation à la communauté; irrévocabilité.
V. Détournement de valeurs, possession des titres, présomption de propriété, preuve contraire.
VI. Incendie, recours des voisins.
VII. Constructions nouvelles, mur du voisin, mitoyenneté.
VIII. Usufruit, assurance contre la grêle, nu propriétaire.
IX. Colonage partiaire, tacite reconduction.
X. Visites des médecins, preuve.

I.

L'agent de change qui a opéré la vente de valeurs dotales est-il responsable du défaut de remploi? (Affirmative : Civ. cass., 3 déc. 1888, Sir. 89, I, 121).

Une dame de la Londe, soumise au régime dotal, s'était réservé par son contrat la faculté de vendre ses biens dotaux avec la seule autorisation de son mari et sans formalités judiciaires, mais sous la condition de remploi. Elle vendit une inscription de rente sur l'État s'élevant en capital à plus de 92.000 fr. L'agent de change, qui avait été chargé de la vente, consentit à ne pas surveiller le remploi des fonds, et les remit aux époux de la Londe en se contentant de faire renoncer la femme, par un « engagement d'honneur », à tout recours contre lui. Il avait obtenu également la garantie solidaire de la mère, mais celle-ci étant morte en laissant sa fille pour unique héritière, cette garantie disparut. Le remploi n'ayant pas eu lieu et l'argent ayant été dissipé, Mme de la Londe poursuivit l'agent de change et le fit

Digitized by Google

condamner à lui restituer la somme versée irrégulièrement à son mari.

« Qui paie mal, paie deux fois », dit un vieil adage. L'agent de change l'apprit à ses dépens, et il ne put même pas obtenir des juges d'appel de se faire reconnaître comme subrogé aux droits de la femme contre le mari.

Il nous semble d'autant plus à plaindre que la rigueur dont il a été victime n'est peut-être pas justifiée. Nous croyons qu'il eût pu décliner toute espèce de responsabilité, et nous envisageons la question sous un jour tout différent.

Il s'agissait d'une inscription de rente sur l'État. Par conséquent c'était la théorie de l'*inaliénabilité de la dot mobilière* qui devait être appliquée. Or d'après des règles aujourd'hui certaines et inébranlables, cette inaliénabilité n'empêche pas le mari de pouvoir aliéner les meubles dotaux de sa femme, corporels ou incorporels, même quand il n'en a pas acquis la propriété par une estimation valant vente ou par l'effet de son quasi-usufruit [1]. La règle de l'inaliénabilité, appliquée à la dot mobilière, ne porte aucune atteinte au pouvoir qu'a le mari de disposer des meubles dotaux; elle se traduit uniquement par l'impossibilité légale où se trouve la femme de renoncer à sa créance en restitution contre son mari ou à son hypothèque.

Il est bien dit, dans l'arrêt cassé, lequel émanait de la Cour de Rouen, que le titre vendu était un capital *dotal immobilier*. Mais où la Cour a-t-elle vu que les titres de rente française peuvent être immobilisés en dehors des majorats? On avait bien pu écrire tout ce qu'on avait voulu sur le certificat nominatif remis à la dame de la Londe; il ne dépend ni des particuliers ni même du ministère des finances de baptiser « immeuble » ce qui est meuble de par le Code civil. Toute qualification de ce genre insérée dans l'immatriculation d'un titre de rente est sans valeur.

Ce qui paraît avoir entraîné la Cour à cette affirmation, hasardée par elle sans preuve et acceptée sans contestation par les conseils des parties, c'est que ce capital provenait d'une vente d'immeuble. Elle l'a considéré sans doute comme subrogé à l'immeuble aliéné et soumis aux mêmes règles que lui, notamment

[1] Guillouard, *Contrat de mariage*, 2e édit., t. IV, nos 2059 à 2062.

Digitized by Google

quant à la condition de remploi. Mais ceci encore est loin d'être évident. Quand les lois de 1862 et 1871 ont autorisé les particuliers à acheter des rentes sur l'État à la place d'immeubles, toutes les fois qu'ils ont entre les mains des fonds soumis à emploi ou à remploi, elles n'ont nullement entendu transformer ces rentes en immeubles, ni les soumettre, dans les relations juridiques des époux entre eux ou envers les tiers, aux mêmes règles que les immeubles. Le législateur n'a vu là qu'un moyen de favoriser le crédit de l'État. C'est comme s'il avait dit que le remploi pourrait désormais se faire soit en immeubles, soit en meubles d'une certaine qualité. Il est donc peu probable, en tout cas cela n'est pas démontré, que les rentes qui servent de remploi soient soumises pour leur aliénation aux mêmes conditions que l'immeuble qu'elles ont remplacé.

Peut-être la Cour de Rouen eût-elle pu trouver ailleurs la justification de sa manière de voir. Dans un arrêt de la Cour de cassation qui remonte déjà à une trentaine d'années, il est dit que sans doute les pouvoirs du mari sur la dot mobilière présentent des dangers lorsque sa gestion n'est pas prudente, « mais, ajoute la Cour, c'est aux conventions matrimoniales à y obvier[1]. » La Cour semble dire par là que, si les parties veulent des garanties plus fortes que celles qu'elles trouvent dans la théorie de l'inaliénabilité de la dot mobilière, telle que l'ont faite les traditions de la jurisprudence française, elles peuvent se les ménager par leur contrat de mariage. On pourrait en effet soutenir qu'il est permis aux époux de subordonner la validité de la vente des meubles dotaux à la nécessité d'un remploi, comme s'il s'agissait d'immeubles. Cette extension de l'inaliénabilité serait peut-être souhaitable, du moins pour les partisans du régime dotal. Toutes les fois que la règle « en fait de meubles possession vaut titre » ne serait pas opposable à la femme, elle lui offrirait un supplément de garantie qui n'est pas à dédaigner. Dans l'espèce c'était justement le cas : le contrat de mariage avait soumis au remploi toutes les valeurs dotales, sans distinction entre les meubles et les immeubles.

Mais l'extension qui vient d'être indiquée constituerait une in-

[1] 6 décembre 1859, Sir., 60, I, 644; Dall. 59, I, 507.

Digitized by Google

novation considérable, qui mérite un sérieux examen. Jamais encore il n'a été question d'une double inaliénabilité pour les meubles dotaux, l'une qui serait relative à la femme seule, ainsi qu'on l'a rappelé plus haut, et qui formerait le droit commun, l'autre qui serait applicable exclusivement aux meubles dotaux provenant de l'aliénation d'un immeuble et qui entraînerait une inaliénabilité véritable, aussi énergique que celle du fonds dotal, et qui priverait le mari lui-même de son pouvoir d'aliéner.

Même en supposant admise la nécessité du remploi, il n'est pas inutile de rechercher d'où peut provenir la responsabilité de l'agent de change. On est souvent porté à s'exagérer la nature de la condition de remploi, et à imposer à tout le monde, à tort et à travers, l'obligation d'en surveiller l'accomplissement.

Réduisons la question à ses éléments qui sont : d'une part un immeuble inaliénable en principe; d'autre part une réserve conventionnelle de la faculté d'aliéner, subordonnée au remploi du prix. Qui doit faire ce remploi? Le mari, qui seul est chargé de la gestion de la dot. Quelle est la conséquence du défaut de remploi? Cette conséquence est double : l'une a pour ainsi dire un caractère réel, et concerne l'immeuble dotal, dont l'aliénation pourra être annulée sur la demande de la femme, parce que la condition à laquelle était subordonnée la validité de la vente n'a pas été réalisée; l'autre est la responsabilité personnelle du mari, qui était tenu d'une obligation de faire, et qui ne l'a pas remplie. Et c'est là tout. Tout ce qu'on voudra ajouter à cela sera arbitraire et illégal. On peut bien dire, si l'on veut, que le tiers acquéreur est *responsable du remploi;* on peut bien aller jusqu'à dire qu'il *est tenu de surveiller* sa réalisation. Ce sont là des façons de parler commodes, mais il n'en faut pas être dupe. En réalité le tiers acquéreur n'est *tenu* d'aucune obligation, par la bonne raison que le contrat de mariage est pour lui « *res inter alios acta* », et n'a pu lui en imposer aucune. Mais il a fait une acquisition fragile, viciée dans son principe, si le remploi n'a pas lieu; il a acheté un bien aliénable seulement sous condition, et ce caractère fragile de l'acquisition qu'il a faite s'impose à lui parce que, en tant qu'acquéreur, il est l'ayant-cause des époux vendeurs; il reçoit l'immeuble dans l'état où ils l'ont mis. Son

Digitized by Google

acquisition est donc subordonnée au remploi, et c'est à lui à voir si ce remploi a lieu; mais la faculté dont il jouit de refuser le paiement du prix, tant que le mari et la femme ne lui justifient pas d'un emploi régulier, est bien plutôt *un droit* qu'une *obligation* pour lui. D'obligation, il n'y en a pas, et on ne voit pas d'où elle pourrait venir.

Ainsi, d'une part, une aliénation nulle si le remploi n'a pas lieu; d'autre part, une obligation de faire le remploi imposée au mari.

De là deux actions, l'une contre le tiers, l'autre contre son mari, entre lesquelles la femme a à choisir.

D'où peut provenir en ceci la responsabilité de l'agent de change? Uniquement de ce fait qu'il a joué le rôle d'acheteur, acheteur intermédiaire sans doute, mais couvrant entièrement son autre client, l'acheteur véritable. Celui-ci ne peut pas être atteint par la femme, étant inconnu. Si l'agent de change ne pouvait pas être poursuivi à défaut de remploi, la garantie donnée à la femme par l'inaliénabilité s'évanouirait entièrement. L'agent de change n'est pas en effet, comme le notaire, un simple rédacteur d'actes; il ne se borne pas à opérer les opérations du transfert; il y figure à titre d'acheteur. La responsabilité qu'il endosse ainsi, quand des valeurs dotales lui passent par les mains, est la conséquence de la façon dont la loi a organisé ses fonctions. S'il n'était pas responsable, personne ne le serait, le véritable acheteur étant inconnu. Mais on voit que cette responsabilité de l'agent suppose admise que la vente d'un meuble dotal est annulable à défaut de remploi, proposition que la Cour n'a pas pris la peine de démontrer.

II.

Y a-t-il changement aux conventions matrimoniales, prohibé par l'art. 1395, lorsque les parents, après avoir constitué à leur enfant une dot sous la forme d'une rente viagère de 3.000 francs, emploient un capital de 60.000 francs à désintéresser ses créanciers et se font donner par lui une quittance constatant que le capital fourni a servi à éteindre la rente? (Négative : Civ. rej. 22 juillet 1889, Sir. 89, I, 456).

Digitized by Google

Cet arrêt a été enregistré dans le *Recueil de Sirey* comme « rentrant dans la jurisprudence ». Il existe en effet un arrêt de la Cour de Paris du 11 mars 1879 (Sir. 79, II, 172), qui a décidé de même sur une hypothèse identique, extinction de la rente viagère par la dation d'un capital. Mais cet arrêt est le seul à ma connaissance. Les autres, que citent les recueils d'arrêts dans leurs renvois, ont statué sur des hypothèses différentes, et dans lesquelles il n'y avait certainement aucune dérogation aux conventions matrimoniales. Tel est un arrêt de la Cour d'Aix du 19 avril 1872. Il s'agissait dans cette affaire d'un immeuble considérable dont l'exploitation avait été cédée à l'enfant doté par ses parents, moyennant une redevance annuelle assez élevée, et il avait été convenu que sur cette redevance l'enfant retiendrait le montant de sa rente. C'était une seconde convention entièrement distincte du contrat de mariage, et qui n'y portait nulle atteinte; les choses se passaient comme si l'enfant continuait toujours à toucher sa rente annuelle. Même observation pour un arrêt de la chambre civile du 8 décembre 1874, où l'on voit bien se faire une dation en paiement, mais à propos d'une dot constituée *en capital.*

J'estime qu'il en va tout autrement lorsque les parties substituent un capital à une rente viagère. Payer 60.000 francs, ce n'est pas s'acquitter de l'obligation d'en payer annuellement 3.000. Ce n'est pas une *dation en paiement,* ni *un mode de paiement,* comme l'affirme notre arrêt. C'est substituer une sorte de dot à une autre. Cela est d'autant plus vrai qu'il n'est nullement indifférent aux époux d'être sûrs de toucher indéfiniment 3.000 fr., qui représentent pour eux l'existence assurée, ou d'avoir entre les mains un capital à leurs risques, qui peut s'évanouir et les laisser sans ressource. Ces constitutions de dot sous forme de rente sont à peu près, pour nos pays de communauté, l'équivalent de la dotalité. C'est une protection assurée à la femme contre les dilapidations de son mari. Et cette protection va même plus loin que celle du régime dotal, car elle s'étend au mari lui-même, qui est hors d'état de perdre ses capitaux, puisqu'on ne les met pas à sa disposition.

Il y a donc dans le remboursement du capital de la rente une

Digitized by Google

véritable transformation des conventions contenues dans le contrat de mariage. Renversons l'hypothèse pour mieux le montrer. Considérerait-on comme un mode de paiement de la dot, l'offre de payer 3.000 francs de rente à la place d'un capital de 60.000 francs? Avec ce capital les futurs époux pouvaient s'établir, monter une maison, entreprendre un commerce. Que feront-ils avec 3.000 francs?

Cependant je ne critique pas le résultat auquel est arrivée la Cour de cassation. Le motif seul me préoccupe. La Cour dit que le versement des capitaux fait par les parents n'a été qu'un « paiement de l'obligation des donateurs, avec simple *changement* « dans le mode d'exécution des clauses du contrat de mariage, « *changement* auquel n'était point applicable l'art. 1395. » Si peu qu'il y eût *changement*, l'art. 1395 devait être appliqué.

Pour arriver au même but, je passerai par un autre chemin et voici comment je raisonnerai : le débiteur d'une rente jouit toujours de la faculté de se libérer par le versement d'un capital correspondant. Il est toujours censé se réserver cette faculté. Voyez l'art. 1911, C. civ. L'art. 1979 n'apporte de restriction à cette faculté que pour les débiteurs de rentes viagères constituées « moyennant un prix » (art. 1977), ce qui se justifie par le caractère aléatoire des acquisitions à charge de rente viagère. Mais quand la rente est constituée *à titre gratuit*, il n'y a aucune raison pour retirer au débirentier le moyen de se libérer par un versement de capital. Rien dans le contrat de mariage n'autorise à dire que les constituants ont entendu se priver de cette faculté qu'ils tiennent du droit commun. Il fallait donc dire qu'il y avait eu dans l'espèce, non pas changement au contrat de mariage, mais bien plutôt exécution d'une clause sous-entendue.

III.

L'article 1463, aux termes duquel la femme séparée ou divorcée qui n'a pas accepté la communauté dans les délais est censée y avoir renoncé, établit-il une présomption absolue, contre laquelle aucune preuve contraire ne soit admissible? (Solut. négative : Cour de justice civile de Genève, 28 mai 1888, Sir. 89, IV, 21).

Digitized by Google

La jurisprudence française est en sens contraire. Il nous faut trouver les motifs de sa décision, car l'unique arrêt qui soit un peu récent et bien formel sur ce point, ne donne en réalité aucun motif; il se borne à affirmer que, « l'art. 1463 étant absolu, il est impossible d'admettre que la déchéance n'ait pas été encourue[1]. » L'arrêt de Genève n'est guère plus explicite. Il y est dit simplement : « Que l'art. 1463 ne prononce pas d'office et « formellement l'extinction du droit par le seul fait de l'expira- « tion du délai; il se borne à dire que, dans le cas prévu, la « femme est censée avoir renoncé à la communauté, et cette dis- « position n'est qu'une simple présomption de fait qui doit céder « devant la preuve contraire. » C'est justement là ce qu'il y aurait lieu de démontrer.

M. Colmet de Santerre, qui enseigne l'opinion adoptée par la Cour de Genève, dit : « Les expressions *est censée y avoir re-* « *noncé* caractérisent bien une présomption... D'après la théorie « des présomptions, une présomption légale peut être combattue « par des preuves contraires, *quand on ne se trouve pas dans les* « *conditions de l'article 1352...* » Là, à notre avis, est le nœud de la question. La présomption de l'art. 1463 rentre-t-elle dans la catégorie de celles pour lesquelles l'art. 1352 n'admet pas la preuve contraire? L'affirmative nous semble facile à démontrer.

Les présomptions qui, aux termes de l'art. 1352, sont irréfragables, sont celles en vertu desquelles la loi annule un acte ou dénie l'action en justice. Ici il n'y a pas d'acte annulé, mais il y a bien refus d'action : la femme est privée du droit de réclamer sa part de communauté. La présomption établie par la loi n'est pas une simple précaution, prise à titre provisoire, pour suppléer aux difficultés de la preuve : la preuve de l'acceptation ou de la répudiation n'offre rien de plus particulièrement difficile lorsque la communauté s'est dissoute par le divorce ou par la séparation, que lorsqu'elle s'est dissoute par la mort de l'un des époux. La loi pourvoit ici à d'autres besoins : elle veut aller vite, parce que la liquidation des droits des époux lui semble plus urgente, et elle dit à la femme : « Si vous voulez accepter, dé-

[1] Agen, 21 décembre 1869, Sir. 70, II, 274 ; Pal. 1870, 1075.

Digitized by Google

cidez-vous dans les délais ; passé ce temps, vous n'aurez plus de droits sur la communauté. » C'est bien là, ce qui s'appelle, en bon français, *refuser l'action en justice*.

Voilà pourquoi nous n'usons pas de l'argument indiqué par M. Guillouard [1]. Cet argument consiste à faire remarquer que l'art. 1463 ne réserve à la femme la faculté d'accepter après les délais que dans un seul cas, lorsqu'il y a eu prorogation par jugement des délais légaux : « La femme qui n'a pas encore accepté la communauté est censée y avoir renoncé, *à moins que*, étant encore dans les délais, elle n'en ait obtenu la prorogation... » Il n'y a, dit-il, qu'un seul moyen pour la femme de se soustraire à la présomption de la loi, c'est de demander la prorogation des délais. En limitant ainsi les moyens d'y échapper, la loi lui refuse implicitement toute autre ressource. — Nous ne sommes pas convaincu par cette argumentation. La formule employée par la loi pourrait très bien s'expliquer dans le système contraire : elle signifierait que la présomption qui considère la femme comme acceptante ne commencerait à s'élever contre elle qu'après l'expiration de la prolongation de délais obtenue par elle. On ne peut rien conclure de ce texte quant il s'agit de déterminer la *force* de cette présomption ; il n'en règle que le *point de départ*.

Une observation beaucoup plus probante est celle que fait au même endroit M. Guillouard. Si l'interprétation que nous combattons devait être admise, l'art. 1463 n'aurait plus aucune espèce d'utilité puisqu'il en résulterait que, même après l'expiration des délais, la femme séparée ou divorcée pourrait encore pendant 30 ans accepter la communauté, sous la seule condition de prouver qu'elle n'a jamais eu l'intention d'y renoncer. C'est ce qu'a admis la Cour de Genève. Mais quelle utilité peut bien avoir l'art. 1463, s'il n'a pas pour but de priver la femme de tout droit sur la communauté ? Quel avantage pratique peut-il bien y avoir à la présumer renonçante quand on lui réserve la preuve contraire? A quoi bon rendre inévitable une instance en justice, comme condition préalable de son option ? Ce serait la plus inutile des présomptions.

Le seul tempérament admissible est celui qui a été indiqué

[1] *Traité du Contrat de mariage*, t. III, n° 1297.

Digitized by Google

dans un arrêt de la Cour de Rennes [1]. Lorsque la femme s'est trouvée dans l'impossibilité de se prononcer, par exemple par suite de contestations sur la communauté, qu'il n'a pas dépendu d'elle d'abréger, on ne saurait lui appliquer la présomption de la loi. Celle-ci n'est justifiable qu'autant que la femme a réellement joui en fait d'un délai utile pour vérifier l'état de la communauté et pour réfléchir sur le parti qu'elle devait prendre.

IV.

La femme commune en biens qui a renoncé à la communauté peut-elle revenir sur sa renonciation ? (Solut. négative : Cass. 17 décembre 1888, Sir. 89, I, 164).

L'article 790 permet à un héritier qui a répudié une succession de revenir sur sa renonciation, d'accepter l'hérédité qu'il avait d'abord dédaignée, sous la réserve toutefois que personne ne l'aura encore acceptée à sa place. Aucun article semblable n'autorise la femme à accepter la communauté après l'avoir d'abord répudiée. Cela seul ne suffit pas pour démontrer que la femme n'a pas la même faculté que l'héritier; il faut établir pour quelle raison l'art. 790 n'est pas susceptible d'être étendu des successions aux communautés. Car l'option de la femme commune ressemble beaucoup à celle qui est ouverte au successible; son acceptation, sa renonciation, les effets de l'une et de l'autre, le partage de la masse indivise, tout cela est soumis à un assez grand nombre de règles communes, et il n'est pas évident à première vue que l'art. 790 ne soit pas de celles-là.

Le principe, pour les successions comme pour la communauté, est que l'option une fois faite est irrévocable. Celui qui a droit de choisir consomme son droit quand il choisit. Le *jus pœnitendi* que l'art. 790 accorde à l'héritier ne découle donc pas des principes généraux. C'est une faveur qui avait été faite primitivement aux seuls mineurs, qui a été étendue ensuite à tout le monde en se transformant : au lieu d'être, comme elle l'était au titre de la tutelle, une protection exceptionnelle pour un incapable, elle est devenue au titre des successions une sorte de règle économique, un moyen d'éviter des vacances de successions, ou même

[1] Rennes, 26 juin 1851, Sir. 52, II, 10; Pal. 51, II, 624; Dall. 52, II, 246.

Digitized by Google

des déshérences. La loi n'a pas voulu que des biens restassent sans maître quand il se présente quelqu'un, ayant des droits sur eux, et qui consent à les prendre avec leurs charges. Or ces motifs n'existent pas quand il s'agit d'une communauté. La renonciation de la femme n'a pas pour effet de rendre vacante sa part de communauté. Cette part est, pour ainsi dire, tout acceptée d'avance par le mari, puisqu'il en devient immédiatement propriétaire sans avoir le droit de répudiation.

La Cour de cassation en a très logiquement conclu dans l'espèce (et là était l'intérêt pratique de l'affaire) que si les parties veulent ensuite effacer les suites d'une renonciation inconsidérée, aucune convention ne peut les détruire rétroactivement. Le mari peut seulement retransférer à sa femme la propriété des objets abandonnés par elle, et en se conformant aux lois sur les transmissions de propriété, c'est-à-dire en faisant opérer la transcription, s'il y a des immeubles, et à la charge par la femme d'abord de payer un droit de mutation et ensuite de respecter tous les droits réels consentis par son mari, même depuis la dissolution de la communauté, puisqu'elle est son ayant-cause.

V.

La présomption de propriété qui résulte de la possession d'un meuble corporel peut-elle être détruite par la preuve contraire?

En cas de fraude, cette preuve peut-elle être faite par témoins et par présomption? (Req. 27 mars 1889 (2 arrêts), Sir. 89, II, 199).

L'art. 2279 contient cette règle célèbre : « En fait de meubles la possession vaut titre ». Appliquée avec rigueur, cette règle aboutit à des conséquences révoltantes. Écrivains et magistrats se sont ingéniés pour trouver des tempéraments qui en rendissent l'application tolérable.

L'un des premiers imaginés a été de soutenir que la loi protège seulement la possession de bonne foi, et que contre le possesseur de mauvaise foi la revendication reste ouverte. Cette condition de bonne foi n'est pas écrite dans l'art. 2279; on la tire de l'art. 1141 qui, faisant une application spéciale de

Digitized by Google

notre règle, suppose expressément que l'acquéreur de l'objet mobilier était de bonne foi.

Un autre a consisté à faire remarquer que l'art. 2279 privait seulement le propriétaire du meuble du droit d'agir par revendication, c'est l'action *réelle* seule qui vient échouer contre la maxime écrite dans cet article. Mais si le propriétaire a à son service une action d'une autre nature, une action *personnelle* en restitution, née d'un contrat ou d'un délit, il obtiendra sa chose. Car le possesseur aura beau s'abriter derrière l'art. 2279 pour se faire considérer comme propriétaire, il n'en restera pas moins tenu de l'obligation de restituer.

Un troisième tempérament se trouve dans une autre façon de comprendre l'art. 2279. Le législateur a voulu, dit-on, protéger par là le possesseur contre les tiers, contre le véritable propriétaire, lorsqu'il a acquis la chose de quelqu'un qui n'était pas propriétaire. Mais il est inapplicable dans les rapports des parties entre elles, c'est-à-dire entre celui qui tient la chose et celui qui la lui a transmise, et naturellement le possesseur ne peut pas plus opposer la maxime qui le protège aux héritiers de son auteur qu'il n'aurait pu le faire à son auteur lui-même.

Enfin un quatrième moyen nous est fourni par nos deux arrêts. Il consiste à ne voir dans la présomption de propriété établie par la loi au profit du possesseur d'un meuble qu'une présomption *juris tantum*, susceptible de tomber devant la preuve contraire. Cette preuve peut naturellement être faite par des écrits. Mais la chambre des requêtes admet en outre la preuve par témoins et par présomptions, « surtout lorsqu'il y a fraude ». L'expression « surtout » paraît bien supposer que, même en l'absence de fraude, ce genre de preuve serait recevable, ce qui nous paraît plus que douteux, mais nous ne savons si nous devons prêter cette pensée à la Cour.

Ce quatrième moyen de restreindre la portée de l'art. 2279 est assurément le plus critiquable de tous. Où a-t-on vu que la preuve contraire soit réservée par la loi? Notre article ne le dit pas. Or d'après l'art. 1352 cette preuve contraire n'est-elle pas absolument prohibée, toutes les fois que sur le fondement d'une présomption établie par elle la loi dénie l'action en justice? Et

Digitized by Google

n'est-ce pas justement ce que fait l'art. 2279? Nous serions donc porté à faire les réserves les plus expresses sur le bien fondé de cette proposition, qui cependant a été plusieurs fois admise par divers arrêts, et notamment par la chambre des requêtes en 1885, et enregistrée dans les recueils d'arrêts sans protestation ni observations.

Ce qu'il y a surtout lieu de remarquer, c'est que ces quatre moyens fondés sur des idées différentes et convergeant tous vers l'art. 2279, comme pour le resserrer grâce à des efforts communs, aboutissent tous au même résultat dans une hypothèse très fréquente en pratique, et qui justement était celle des deux espèces soumises à la chambre des requêtes.

Un vieillard, vivant seul, éloigné de ses parents, entouré seulement de domestiques, vient à mourir. Les héritiers découvrent dans ses papiers la trace ou connaissent personnellement l'existence de valeurs mobilières qui ne se retrouvent pas. Un détournement a été commis par ceux qui approchaient le défunt. Le détenteur actuel des valeurs s'en prétend légitime propriétaire, soit qu'il allègue un don manuel, soit qu'il se retranche purement et simplement derrière l'art. 2279. Quel que soit le chemin que l'on prenne, pourvu qu'on choisisse entre l'un des quatre procédés indiqués plus haut, on aboutit à ce résultat d'obliger le possesseur actuel à restituer. Mais tous n'y mènent pas aussi aisément. Le meilleur à la fois et le plus juridique nous semblerait être de dire que l'art. 2279 est étranger aux rapports des parties entre elles, ou de leurs ayant-cause; que dès lors aucune présomption ne protège le possesseur des valeurs contre les héritiers du défunt et que ceux-ci peuvent sur de simples indices ou présomptions en obtenir la restitution.

VI.

Quand l'incendie d'une maison se communique aux maisons voisines, sous quelles conditions les propriétaires dont les maisons ont été détruites ou endommagées ont-ils un recours contre celui chez qui le feu a pris? (Civ. Cass. 22 octobre 1889, Sir. 88, I, 477).

Dans l'affaire soumise à la Cour on semble avoir raisonné tout

Digitized by Google

le temps sur la question de savoir si la présomption de faute établie par les art. 1733 et 1734 étaient applicable entre voisins. Là n'était pas la difficulté, et en ces termes-là la question était mal posée. Les art. 1733 et 1734 supposent un lien contractuel entre les deux parties, une obligation de rendre une chose confiée à l'une d'elles par l'autre, et l'inexécution de cette obligation. Rien de semblable n'existe entre voisins. Le fait du voisinage crée bien entre les deux propriétaires certaines conséquences sur la nature desquelles on peut hésiter, obligations ou servitudes, de même qu'on trouve sur les confins mal définis du règne végétal et du règne animal des êtres dont la nature est douteuse. Mais ces obligations, si tant est qu'elles aient ce caractère, ont un objet bien limité; elles ne peuvent pas produire d'effets en dehors du cercle qui leur est tracé, et il est permis de dire que les deux voisins sont indépendants l'un de l'autre, et que chacun d'eux ne doit rien à l'autre. L'impossibilité d'appliquer les art. 1733 et 1734 est donc évidente. Le propriétaire qui a souffert de l'incendie d'une maison voisine n'a d'autre ressource que la preuve d'une faute de la part de son voisin. S'il peut prouver qu'il y a eu imprudence, l'art. 1382 lui permettra de demander des dommages et intérêts. Ce sera comme si l'imprudent, auteur de l'incendie, avait directement mis le feu aux maisons voisines, sans brûler la sienne. Mais bien entendu la preuve de cette faute est à la charge de celui qui réclame une indemnité.

Sur ce terrain la solution n'est pas douteuse : si l'on considère l'obligation de payer une indemnité comme étant la suite d'une *faute*, c'est-à-dire d'un *acte personnel*, l'art. 1382 est seul applicable; l'art. 1733 ne l'est pas, faute d'un lien antérieur d'obligation. Mais une personne n'est pas tenue seulement du dommage qu'elle peut causer par ses *actes;* elle répond aussi du dommage causé à autrui par les *choses* dont elle a la propriété. C'est la théorie dite de la responsabilité civile, réglée par les art. 1384 à 1386. N'y aurait-il pas là un moyen d'atteindre le propriétaire de la maison où l'incendie a pris naissance, sans avoir besoin de prouver une faute de sa part? Il y avait là un côté intéressant de la question qui semble n'avoir pas été aperçu dans l'affaire.

Digitized by Google

Nous croyons néanmoins qu'ici encore la charge de la preuve pèse sur les réclamants et qu'ils n'en sont déchargés par aucune présomption légale. En effet pour règler notre responsabilité à raison des choses dont nous sommes propriétaires, le législateur a rédigé deux articles distincts et dans des termes bien différents. Lorsqu'il s'agit d'animaux, c'est-à-dire de choses capables de se mouvoir, et sans intelligence, et par suite capables de causer des dommages à l'improviste et fréquemment, le propriétaire est présumé en faute : la loi le déclare responsable du dommage causé, de toute façon, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé. Le propriétaire d'un animal est donc en vertu de cet article tenu d'une obligation particulière qui consiste à exercer sur lui une surveillance active, et à répondre de ses faits et gestes. Mais lorsqu'il s'agit de choses qui ne bougent pas, et qui par suite sont inoffensives, comme des maisons, il n'y avait nulle raison pour imposer au propriétaire une obligation de ce genre qui se trouverait sans objet. Aussi l'art. 1386 déclare-t-il le propriétaire responsable du dommage causé par l'écroulement de son bâtiment seulement lorsque sa ruine est arrivée par suite d'un défaut d'entretien ou d'un vice de construction. Comme l'écroulement, l'incendie n'est pas par lui-même un cas fortuit. Son caractère dépend de sa cause. Et il est bien évident que si le législateur, au lieu de songer seulement à la chûte des bâtiments, avait pensé au feu, il aurait donné la même solution pour l'incendie, et mis les conséquences à la charge du propriétaire seulement en cas de faute de sa part, *et de faute prouvée.*

VII.

Quels sont les droits du propriétaire d'une maison touchant un terrain à bâtir, lorsque le propriétaire de ce terrain y a élevé une construction sans acheter la mitoyenneté du mur séparatif et a vendu cette construction à un tiers? Contre qui a-t-il action? contre le constructeur ou contre le possesseur actuel de la construction neuve? Y a-t-il solidarité entre eux? Quelle est la nature de cette action? (Cass. Req., 10 avril 1889, Sir. 89, I, 401).

Les questions de ce genre se sont multipliées dans Paris depuis

Digitized by Google

une dizaine d'années, grâce aux spéculateurs qui achètent des terrains et y élèvent des constructions qu'ils s'empressent de revendre ensuite. Peu de questions étaient plus simples à résoudre; peu de questions ont été plus embrouillées comme à plaisir. On s'est demandé si le propriétaire du mur ne se trouvait pas soumis à quelque mesure de publicité, transcription ou inscription, pour conserver ses droits contre l'acquéreur de la maison neuve. On s'est demandé s'il avait une action contre cet acquéreur, et en supposant l'affirmative admise, s'il pouvait poursuivre solidairement le constructeur primitif et le possesseur actuel, question qui paraissait offrir un vif intérêt, parce que ces entrepreneurs de constructions disparaissent parfois sans qu'on puisse retrouver leurs traces.

Finalement de la discussion est née la lumière, et quelques décisions judiciaires heureusement motivées, quelques dissertations limpides ont fait entrer la question dans une phase de clarté qui rend toute contestation inutile.

Le constructeur qui adosse une maison neuve aux murs des constructions voisines sans entente préalable avec les propriétaires commet une entreprise illégale, une voie de fait. Il avait le droit, d'après l'art. 661 du Code civil, d'acquérir la mitoyenneté des murs qui le touchent, mais tant que ces murs ne sont pas devenus siens, il n'a pas le droit de s'en servir. Il ne sert à rien de remarquer que la loi ne lui impose pas la nécessité d'un paiement préalable du prix comme condition de l'acquisition de la mitoyenneté ; ce paiement préalable, qui est de règle dans l'expropriation pour cause d'utilité publique, n'est pas obligatoire dans cette espèce d'expropriation pour cause d'utilité privée, où tout dépend de la convention des parties. Il suffit de constater que la loi lui permettait seulement d'acheter la moitié du mur et qu'il ne l'a pas fait. *Non fecit quod potuit, fecit quod non potuit.*

Que résulte-t-il de là ? C'est que le mur est resté la propriété entière de son propriétaire primitif, et que celui-ci est en droit d'exercer contre tous acquéreurs successifs de l'immeuble une *action en revendication*. Dès lors la question de savoir si son droit est soumis à la publicité n'a plus de sens; il ne se présente pas comme créancier. C'est un propriétaire qui peut revendiquer

Digitized by Google

contre quiconque possède sa chose, même de bonne foi, tant que la prescription n'est pas acquise.

Nous devons en conclure encore ceci : c'est qu'il n'a pas le droit de demander au propriétaire actuel de la construction neuve le prix de la mitoyenneté. Ce remboursement n'est qu'une *facultas solutionis* laissée au possesseur, et par lequel il échappera à la démolition dont le menace le revendiquant. C'est à ce possesseur que l'option appartient, et il y aurait de la part du propriétaire du mur une sorte de *plus-pétition* à le faire figurer dans ses conclusions. Son droit se borne à exiger la cessation d'un état de choses qui est attentatoire à sa propriété. Seulement on peut bien prévoir quel parti prendra le possesseur de la maison neuve : entre deux maux, il choisira le moindre, et l'affaire finira par où elle aurait dû commencer, par le paiement du prix.

La conclusion pratique est que, lorsqu'on achète dans une grande ville une maison de construction récente, il est prudent de s'assurer que la mitoyenneté des murs a été achetée ou que les maisons contiguës ont été construites postérieurement.

Nous devons cependant dire deux mots des systèmes qui considèrent le propriétaire du mur comme muni d'une action personnelle contre le possesseur actuel de la maison neuve, parce que si le fondement qu'ils donnent à cette action est vrai, elle pourra co-exister avec l'action en revendication que nous venons de lui reconnaître, et cela pourra offrir des avantages dans certains cas.

On a dit d'abord que le constructeur primitif s'est rendu coupable d'une entreprise illégale contre la maison voisine, et que les acquéreurs ultérieurs des constructions élevées par lui perpétuent cette entreprise. Tous sont donc solidairement tenus envers le propriétaire voisin du prix de la mitoyenneté, d'après le principe qui règle la responsabilité des co-auteurs d'un même délit (art. 1382). Mais remarquons que la voie de fait ne consiste pas à acheter la maison, ni à être propriétaire d'une maison irrégulièrement élevée, mais bien à avoir élevé ces constructions en les appuyant sans droit contre le mur du voisin. Ce qui est illégal, c'est de *bâtir* et non de *posséder*. La possession de la maison neuve n'est qu'un simple fait contraire au droit, qui doit cesser

Digitized by Google

sur les réquisitions du voisin, mais qui n'est pas capable d'engendrer une obligation, pas plus que le fait d'avoir des arbres ou des jours à une distance prohibée : ce sont là des rapports de voisinage, et non des rapports d'obligation; il n'y a que des droits réels en présence. Le seul fait capable d'engendrer une obligation personnelle, c'est celui de construire, et l'acquéreur des constructions y est resté étranger.

On a dit encore : Tous deux ont profité du fait de l'adossement de la construction nouvelle à la construction ancienne, et l'action en paiement du prix de la mitoyenneté repose sur un enrichissement sans cause. Le mal fondé de cette doctrine ressort des principes qui ont été établis plus haut. Il n'y a pas eu acquisition de la mitoyenneté du mur, donc pas d'enrichissement. Il y a eu économie de dépense, mais rien n'est passé du patrimoine du voisin dans le patrimoine du constructeur.

En somme le propriétaire du mur a, d'une part, une action en revendication contre le propriétaire actuel de la construction neuve, à qui il peut dire : Démolissez, si vous ne préférez payer. C'est la voie la plus courte et la plus sûre. Il serait mal venu à demander mieux. D'autre part il a une action personnelle en indemnité contre le constructeur, action dont l'objet même parait être discutable, car le dommage réel n'est sans doute pas égal à la valeur de la moitié du mur, surtout dans les villes où les maisons sont élevées en vue de ce fait de la contiguïté avec les constructions futures, et reçoivent même des pierres d'attente, ou des conduits pour les cheminées.

Quant aux possesseurs intermédiaires, si la construction neuve avait déjà passé par plusieurs mains, nous les croyons hors d'atteinte, car ils n'étaient tenus que *propter rem* pendant la durée de la possession, et on ne voit pas sur quel principe se fonderait une action dirigée contre eux.

VIII.

L'assurance contractée par l'usufruitier lie-t-elle le propriétaire après l'extinction de l'usufruit? (Toulouse, 24 mars 1885, rapporté sous cassation dans Sirey, 89, I, 275).

La question avait été résolue négativement par la Cour d'ap-

Digitized by Google

pel. La chambre civile n'a pas eu à se prononcer, le pourvoi s'étant placé sur un autre terrain.

Je considère la négative comme certaine. L'assurance contractée par l'usufruitier ne peut ni profiter au propriétaire ni lui être opposée, à moins que l'usufruitier n'ait expressément stipulé en son nom comme mandataire ou comme gérant d'affaires, et encore dans ce dernier cas le lien de droit entre l'assureur et le nu-propriétaire ne pourrait-il résulter que de la ratification donnée par ce dernier.

Mais lorsque l'usufruitier, agissant en cette qualité seulement, contracte une assurance pour une période déterminée, l'assurance s'évanouit nécessairement lorsque l'usufruit vient à cesser avant elle.

Seulement il faut bien s'entendre sur la cause de cette extinction de l'assurance.

Le tribunal de première instance, dont le jugement est rapporté dans le *Sirey* en même temps que l'arrêt, en avait donné comme principale raison celle-ci : « que l'assurance ne peut se « maintenir qu'autant que l'assuré conserve personnellement ou « transmet à des ayant-cause les droits à raison desquels il a con- « tracté; que si ces droits viennent à s'évanouir, la matière même « de l'assurance fait défaut, et le contrat se trouve anéanti. » Or c'est justement ce passage que l'arrêtiste du *Sirey* a choisi pour en faire la notice de l'arrêt alors que la Cour n'avait rien dit de semblable.

Le choix est d'autant plus malheureux que la question n'est pas là du tout. Quand le droit de l'usufruitier est expiré, la chose assurée n'est pas détruite; la matière assurable ne fait pas défaut. La chose a changé de mains; voilà tout. Il s'agit de savoir si la compagnie d'assurances est en droit de se retourner contre le propriétaire et de lui demander la continuation du service des primes.

Pour éviter les difficultés qui pourraient s'élever dans d'autres hypothèses, supposons, comme c'était le cas dans l'espèce, une *assurance des récoltes contre la grêle,* contractée pour une période ayant dépassé en fait la durée de l'usufruit. Le nu-propriétaire, redevenu plein propriétaire, qui reprend la jouissance de

Digitized by Google

sa chose, qui va percevoir les récoltes des années restant à courir, est-il tenu de payer les primes?

Qu'est-ce que l'assurance? D'une part une promesse éventuelle de garantie contre un risque à courir, aboutissant en cas de sinistre au paiement d'une indemnité; de l'autre une promesse ferme de payer annuellement à l'assureur une somme minime. Il n'y a là rien que des *obligations*, un lien personnel entre assureur et assuré, qui reste par essence sans effet à l'égard des tiers. Or le propriétaire qui reprend sa chose à l'expiration de l'usufruit n'est pas l'ayant-cause de l'usufruitier; il ne tient rien de lui. Il peut donc répondre à la compagnie d'assurances lorsque celle-ci s'avise de le poursuivre : « Votre contrat est pour moi *res inter alios acta;* je ne vous dois rien. » — Du reste, fût-il l'ayant cause de l'assuré, le contrat d'assurances serait encore sans effet à son égard : un acheteur n'est pas obligé de continuer l'assurance contractée par le vendeur, et c'est pour cela que les notaires insèrent toujours dans les ventes une clause particulière obligeant l'acquéreur à maintenir l'assurance. Il s'y trouve alors obligé parce que *ea lege emit*, c'est-à-dire non pas par l'effet de l'assurance dans laquelle il n'a pas été partie, mais par l'effet d'une convention spéciale consentie par lui. Il n'est du reste tenu envers la compagnie que par la voie oblique de l'art. 1166, à moins qu'on ne veuille voir dans cette clause une stipulation pour autrui faite par le vendeur au nom de la compagnie et donnant à celle-ci une action directe dès qu'elle l'a acceptée.

Jusqu'ici nous ne voyons que des points aveuglants à force d'évidence, et il semble que rien ne puisse servir d'arguments sérieux pour forcer le propriétaire à respecter la police signée par l'usufruitier. Mais voici d'où naît le doute.

L'usufruitier a le droit de faire des baux de 9 ans opposables au propriétaire et même de les renouveler deux ou trois ans avant leur expiration (art. 595). Voilà donc un acte créant lui aussi de pures obligations, des rapports purement personnels entre deux personnes, et qui néanmoins lie le propriétaire! Ne sommes-nous pas autorisés à généraliser? Ne pouvons-nous pas dire : l'usufruitier a le droit non seulement de *jouir*, ce qui ne comprend que la perception des fruits et revenus, mais aussi *d'administrer;*

Digitized by Google

cette administration est même un devoir pour lui ; il serait responsable de ses négligences, par exemple d'un défaut d'entretien, etc. Or l'assurance des récoltes n'est-elle pas un acte d'administration éminemment utile, et ne doit-elle pas rentrer dans les pouvoirs de l'usufruitier?

Cette généralisation de la disposition de l'art. 595 n'est pas fondée. L'obligation imposée par la loi au propriétaire d'entretetenir le bail consenti par l'usufruitier est exorbitante du droit commun. Le nu-propriétaire n'est pas l'ayant-cause de l'usufruitier ; il ne tient rien de lui. Ce sont deux titulaires de droits réels qui ne peuvent pas plus s'obliger l'un l'autre que ne le peuvent les propriétaires de deux maisons contiguës. Si le législateur a cru devoir user de sa toute-puissance pour édicter une disposition aussi peu conforme aux principes juridiques, c'est que sans cela il eût été impossible à l'usufruitier d'administrer d'une manière profitable. Si l'on veut qu'il puisse trouver des locataires sérieux et à prix convenable, il faut qu'il puisse leur offrir la sécurité, c'est-à-dire la certitude de jouir pendant toute la durée du bail. Mais aucune raison pratique du même genre n'existe lorsqu'il s'agit d'assurances. Rien ne lui est plus facile que de contracter une assurance à terme variable devant s'éteindre en même temps que son droit. Sans doute encore l'assurance des récoltes est un acte d'administration, sage et borné dans ses effets. Mais le principe qui domine toute la matière de l'usufruit, c'est la séparation absolue des deux droits établis sur la même chose, ce qui entraîne comme conséquence que chacun des deux titulaires de ces droits est un tiers par rapport à l'autre et ne peut être tenu par l'effet d'actes auxquels il est entièrement étranger.

IX.

Le colonage partiaire est-il une société ou un louage?

Les règles de la tacite reconduction établies pour les baux à ferme lui sont-elles applicables? (Ch. civ., 21 octobre 1889, Sir. 89. I, 453).

La Cour de cassation a évité de se prononcer sur cette double question en rejetant le pourvoi pour un motif de pur fait, tiré de l'usage local et de l'intention des parties. Mais le tribunal d'Au-

Digitized by Google

busson et la Cour de Limoges s'étaient prononcés. D'après eux le colonage partiaire serait un véritable contrat de société, entre le propriétaire qui fournit sa terre et le colon qui apporte son travail, en vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter. Ils en ont conclu que les règles relatives aux baux à ferme ne peuvent avoir aucune application aux baux à colonage, et que l'un des associés a le droit de mettre fin à cette association en manifestant sa volonté, pourvu que cette renonciation ne soit pas faite à contretemps. Cette affirmation est en elle-même très contestable. Que le contrat de colonage ait des affinités avec la société, cela ne démontre nullement qu'il soit une société. Il en a d'autres, tout au moins aussi puissantes, avec le contrat de louage, et même la vérité nous paraît être du côté de ceux qui appliquent au colonage partiaire les règles du louage. (Voy. Guillouard, *Traité du contrat de louage*, t. II, n° 611. Cf. Pau, 5 avril 1884, Sir., 84, II, 186; Riom, 19 novembre 1884, Sir. 85, II, 125).

La loi du 18 juillet 1889, sur le bail à colonage partiaire, qui est un chapitre détaché de ce Code rural que nos chambres votent par fragments, est-elle destinée à mettre fin à ces controverses? A-t-elle fait, comme on l'a dit, du colonage partiaire un contrat spécial, ayant une nature propre, ni louage ni société? J'en doute très fort. On voit bien dans les travaux préparatoires que le Sénat a modifié l'art. 1er de la loi de façon à en retrancher toute affirmation catégorique sur la nature du colonage. L'article est ainsi conçu : « Le bail à colonat partiaire ou mé« tayage est le contrat par lequel le possesseur d'un héritage « rural le remet pour un certain temps à un preneur qui s'en« gage à le cultiver sous la condition d'en partager les fruits « avec le bailleur. » Mais ce procédé législatif rappelle celui qu'on employa dans la rédaction du Code civil, lorsque sur une réflexion inexacte du premier consul, le Conseil d'État, cédant à l'esprit de servilité qui l'animait, consentit à laisser passer un article refusant à la donation le titre de contrat, et la qualifiant tout simplement d'*acte* (art. 894). Quand le législateur refuse d'appliquer à un contrat son nom véritable, cela n'en change pas la nature; et cela n'empêche pas ce contrat de continuer à le mériter, ni les gens de le lui donner. Il ne faut pas que le législa-

Digitized by Google

teur se fasse illusion sur sa puissance ; il y a des choses qui ne dépendent pas de lui, et la nature des actes juridiques est au-dessus de ses atteintes. C'est là la matière première ; la forme seule vient de lui.

Que le colonage partiaire soit aujourd'hui soumis à une loi particulière, cela ne fait pas de lui un contrat d'un genre nouveau. Cela prouve tout simplement qu'il y avait une lacune dans le Code civil au titre « Du louage », et que cette lacune est aujourd'hui comblée.

La préoccupation principale des auteurs de la loi nouvelle, lorsqu'ils ont refusé de qualifier de louage le colonage partiaire, a été de ne pas soumettre les parties à la déclaration prescrite par la loi du 23 avril 1871 (Chambres des députés, rapport de M. Million). Il eût été plus simple de le dire.

En tout cas c'est la seule conséquence qu'on soit en droit de tirer de la rédaction adoptée par eux.

Les questions du genre de celles qu'a tranchées la Cour de Limoge ont désormais perdu presque tout leur intérêt, car la loi nouvelle a pris soin de réglementer la tacite reconduction du colonage partiaire en nous renvoyant aux art. 1736 et 1738, et en s'abstenant volontairement de nous renvoyer aux art. 1774 et 1776 (Voyez l'art. 13 de la loi).

Ces questions ne pourraient plus être soulevées qu'à l'occasion de baux antérieurs à la loi de 1889 ; et je ne sais même si l'on ne serait pas en droit de soutenir que cette loi régit même les conventions anciennes. N'ayant pas eu d'autre intention que de codifier les règles les plus universellement admises en matière de métayage, n'a-t-elle pas tous les caractères d'une loi *interprétative*, entre autres la rétroactivité ?

Le langage employé dans la loi de 1889 appelle une observation critique. C'est un usage de plus en plus répandu de réserver le mot *colonat* pour désigner l'institution sociale qui a rempli toute la fin de l'empire romain et le commencement du moyen âge, et de se servir exclusivement du mot *colonage* pour désigner le métayage. Le colonat est une condition des personnes ; le colonage est un procédé d'amodiation, l'un est encore plein de vie ; l'autre est un phénomène historique éteint. Il y a

Digitized by Google

avantage à se servir des deux formes grammaticales avec discernement; c'est par ce moyen de différenciation que les langues s'enrichissent. Le législateur ne l'a pas soupçonné. Heureusement ni la langue ni la science ne dépendent de lui.

X.

Comment les médecins peuvent-ils prouver le nombre de leurs visites? (Trib. de Libourne, 13 janvier 1887; trib. d'Annecy, 23 juillet 1887, Sir. 89, II, 45.)

En fait il est impossible au médecin de se procurer une preuve écrite, de la part de son client, chaque fois qu'il lui fait une visite. Quand même le malade serait en état de la lui donner, ce n'est pas l'usage. Mais ce n'est là qu'une impossibilité *morale*. Suffit-elle pour rendre applicable l'art. 1348, c'est-à-dire pour dispenser le créancier de la nécessité de représenter un écrit? On l'admet en général, et avec raison, car l'art. 1348 ne précise pas quel est le genre d'impossibilité qu'il a en vue. Laurent seul, avec son système d'interprétation littérale, a soutenu le contraire. « L'usage, quelque général qu'on le suppose, « de ne pas exiger un écrit pour certaines créances, met-il le « créancier dans l'impossibilité de se procurer une preuve écrite? « La négative est certaine : aucun des exemples donnés par l'ar- « ticle 1348 n'autorise à interpréter ainsi le principe. » Laurent se trompe : il y en a justement un où l'impossibilité vient uniquement de l'usage : c'est celui du dépôt de bagages ou d'effets fait par des voyageurs logeant dans une hôtellerie. L'obstacle est pour les voyageurs de même nature que pour les médecins : ni pour les uns ni pour les autres il n'y a d'impossibilité matérielle.

Voilà donc les médecins dispensés d'apporter une preuve écrite. Encore faudra-t-il qu'ils *prouvent*, car ils ne sont pas dispensés de toute preuve. La plupart d'entre eux ont l'habitude de tenir des registres en règle, et y inscrivent leurs visites, consultations et opérations. Quel rôle ces écrits peuvent-ils jouer dans une contestation entre le médecin et son client? Faut-il y voir des *registres domestiques* comme ceux qui sont visés dans l'article 1331? ou bien peut-on leur accorder la force probante qui appartient aux *livres* des commerçants? Pour notre part c'est

Digitized by Google

cette dernière solution que nous préférerions, et il serait à souhaiter qu'un règlement général vînt imposer aux médecins des obligations analogues à celle des commerçants, pour la tenue de leurs livres. Il y a un intérêt public engagé dans la question.

C'est la jurisprudence qui a anciennement admis la force probante des livres de commerce. Aujourd'hui, retenue par les lisières de la codification, elle ne se sent plus le pouvoir d'accorder le même bénéfice aux médecins. Il faut reconnaître d'ailleurs que la garantie d'une sanction sévère en cas d'irrégularité dans la tenue des registres fait ici défaut.

Les tribunaux d'Annecy et de Libourne ont donné une décision moins hardie, mais qui en fait procure à peu près la même utilité. Les livres des médecins, ont-ils dit en substance, ne font pas par eux-mêmes preuve complète, mais ils constituent un élément d'appréciation dont le juge peut tenir compte, surtout quand ils offrent des caractères de « sincérité suffisante », quand ils ne contiennent pas d' « exagérations évidentes ». — Comme il n'y a pas dans ce genre de causes d'autres « éléments d'appréciation », celui qu'on admet à ce titre a de grandes chances d'entraîner à lui seul la conviction des magistrats, c'est-à-dire de faire preuve complète. En fin de compte, la différence établie par le tribunal de Libourne entre les livres des médecins et ceux des commerçants est si ténue qu'elle disparaît. Le résultat est le même que s'il y avait eu assimilation.

Nous n'y voyons aucun inconvénient. Il nous semble même que cette jurisprudence est rendue absolument nécessaire par les conditions dans lesquelles s'exerce en fait l'art médical.

MARCEL PLANIOL.

LE LIVRET OBLIGATOIRE DES OUVRIERS[1],

Par M. Marc SAUZET, professeur agrégé à la Faculté de droit de Lyon.

III.

RÉVOLUTION DE LA LÉGISLATION DU LIVRET.

Sommaire. — 29. La sanction du livret obligatoire : hésitations du législateur du Consulat; — 30. Contradiction entre l'art. 12 de la L. 22 germinal

[1] Voir *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1890, nouvelle série, tome XIX, pages 21 et 216.

Digitized by Google

an XI et l'art. 3 de l'arrêté 9 frimaire an XII ; — 31. Code pénal de 1810 et D. du 3 janvier 1813 ; — 32. La Restauration ; — 33. Le gouvernement de Juillet ; — 34. Le projet de 1846 ; atténuations ; — 35. Aggravations ; — La Constitution de 48 ; — 37. Loi de 1851 : proposition d'abrogation repoussée ; — 38. Limitation du droit d'inscrire les avances : — 39. Le droit de rétention du livret ; — 40. Résumé ; — 41. L. 22 juin 1854 : son esprit ; — 42-43. Comparaison avec les textes ou projets antérieurs ; — 44. Dispositions d'apparence favorable ; — 45-46. Comment et pourquoi le droit de rétention a été, alors, supprimé.

29. Nous avons touché déjà au problème de la sanction de l'obligation du livret (nos 11 à 13), problème délicat, si l'on en juge par les difficultés et les controverses que sa solution, légale ou législative, a soulevées pendant cinquante ans, mais dont l'existence même eût dû suffire à prouver que l'institution restaurée était incompatible avec les idées, les mœurs, les besoins du milieu social issu de la Révolution.

Quand la proclamation d'une obligation légale est reconnue nécessaire, la question de sa sanction est par là même tranchée : les droits, les intérêts privés ne se sacrifient guère volontiers ; si le sacrifice est jugé inévitable, inévitable aussi est la sanction qui l'impose.

Ne pas sanctionner l'obligation du livret c'était donc permettre le doute sur sa nécessité. Ce doute était-il dans l'esprit des auteurs de l'art. 12 de la loi de germinal (12 avril 1803)? Non! car le 1er décembre de la même année, l'arrêté prévu et annoncé par l'art. 13 de la loi, vint combler la lacune, nous ne disons pas l'oubli, de l'art. 12.

On comprend toutefois l'hésitation du législateur du Consulat quand on se rappelle quelle était la question industrielle capitale dont il était saisi : il ne s'agissait de rien moins que de savoir si l'ancienne organisation du travail allait être restaurée[1]. Le retour au régime des corporations avait ses partisans et il fut très sérieusement discuté.

« Plusieurs systèmes, dit Regnault de Saint-Jean-d'Angély[2], « s'offraient au gouvernement et chacun d'eux était suscep- « tible d'être attaqué ou défendu dans son ensemble ou dans « ses détails. — Et d'abord, pour soumettre à une police

[1] Cf. n° 32 de notre Étude sur la juridiction des conseils de Prud'hommes.
[2] Exposé des motifs, L. 22 germinal an XI.

Digitized by Google

« plus exacte l'exercice des professions industrielles, on pou-
« vait, en écartant les abus, en ne laissant aucune entrave à la
« liberté, proposer de reformer en communauté les individus de
« chaque état; on pouvait exiger, comme en 1776, leur enregis-
« trement à la police et leur agrégation par quartiers, les réunis-
« sant ainsi suivant le lieu de leur domicile, au lieu de les réunir
« selon la nature de leurs travaux. — On pouvait créer des syn-
« dics pour enregistrer : 1° ceux qui emploient des ouvriers;
« 2° ces ouvriers eux-mêmes et prendre ainsi des instruments
« utiles de la police publique parmi les hommes mêmes qu'on
« aurait voulu y assujettir d'une manière spéciale. — On pou-
« vait borner l'un ou l'autre de ces régimes aux grandes cités,
« où le nombre considérable d'ouvriers rend l'action de l'admi-
« nistration plus nécessaire..... Toutes ces idées et bien d'autres
« encore ont été discutées par le gouvernement [3]; aucune n'a
« paru atteindre sûrement au but qu'il se propose; toutes ont
« laissé des incertitudes, et leur adoption pouvait dès lors, ré-
« sultat d'une erreur, devenir une source de regrets..... »

Cette indécision dans le plan général de la réforme entreprise se retrouvera dans les détails, quoi d'étonnant! et dans la méthode même adoptée par le Conseil d'État : il jugea convenable de restreindre la loi aux dispositions principales, de confier les autres au gouvernement qui, agissant par la voie moins bruyante des arrêtés, ne se heurtait ni aux mêmes discussions, ni aux

[3] De ces discussions du gouvernement nous ne savons que ce que nous apprend A. Costaz (*Mémoire* déjà cité p. 15) « Ce fut en 1799 que l'on prit la « résolution définitive de refaire entièrement la législation. Après de lon- « gues discussions, qui eurent lieu dans un comité nommé par le ministre « de l'intérieur, il fut arrêté qu'elle serait rédigée sur des *principes d'uni-* « *formité*, qui conviennent à presque toutes les fabriques. Ce comité nomma « ensuite un rapporteur (Costaz, ainé) qui présenta un projet en 84 articles, « lequel fut communiqué aux Chambres de commerce. Leurs observations « furent prises dans une considération particulière, et elles ont fait apporter « au travail plusieurs modifications. Le Conseil d'État ne le présenta point « au Corps législatif tel qu'il avait été rédigé. *Il lui parut convenable de* « *n'en prendre que les dispositions principales, et de faire arrêter les* « *autres dispositions par le gouvernement*. Ce plan a été exécuté dans toutes « ses parties, et on lui doit la loi du 22 germinal de l'an XI. » Ces documents existent-ils encore? Nous ne croyons pas qu'ils aient jamais été publiés; ce sont bien là les véritables travaux préparatoires de notre législation industrielle.

Digitized by Google

mêmes passions, et restait libre de modifier plus facilement sa ligne de conduite, au cas où l'expérience condamnerait les essais tentés.

30. Telle est la seule explication que nous pouvons donner de la contradiction, à huit ou neuf mois de distance, entre l'art. 12 de la loi germinal et l'art. 3 de l'arrêté de frimaire : le premier de ces textes (nous l'avons dit, n° 11) laisse de côté, comme sanction à l'obligation du livret, la peine de l'amende prononcée par les lettres patentes de 1749[1] tant contre le patron qui n'exige pas le congé de l'ouvrier (300 livres maximum), que contre l'ouvrier lui-même (100 livres maximum et contrainte par corps), — il ne reproduit que la sanction des dommages-intérêts contre le patron qui reçoit un ouvrier sans livret en règle. Si bien que dans la loi de germinal l'obligation du livret apparaît bien plus comme un remède à la concurrence déloyale venant débaucher les ouvriers d'un patron, qu'à l'abandon, à la désertion de l'atelier par l'ouvrier, violant de sa seule initiative ses engagements. On ne saurait le contester en présence de la rédaction de l'art. 12 qui formule précisément l'obligation du livret, *à l'adresse des patrons :* « Nul ne pourra recevoir un « ouvrier s'il n'est porteur d'un livret... »

Dans l'arrêté de frimaire an XII, le point de vue change; c'est tout d'abord *à l'adresse des ouvriers* qu'il est rédigé : Art. 1. « A « compter de la publication du présent arrêté, tout ouvrier... « devra se pourvoir d'un livret. »

En second lieu, il n'y est plus question, contre l'employeur d'un ouvrier sans livret, de la sanction des dommages-intérêts au profit du patron créancier antérieur, ni d'aucune autre; mais contre l'ouvrier, l'art. 3 édicte une sanction et une sanction pénale : « Tout ouvrier qui voyagerait sans être muni d'un livret « ainsi visé[2] sera réputé vagabond et pourra être arrêté et puni « comme tel. »

[1] Et qu'on retrouvait dans les art. 7 et 8 (déjà cités) de l'arrêté du 16 fructidor an IV sur la police des papeteries.

[2] Le 1er alinéa de l'art. 3 porte : « Indépendamment de l'exécution de la « loi sur les passeports, l'ouvrier sera tenu de faire viser son dernier congé « par le maire ou son adjoint, et de faire indiquer le lieu où il se propose « de se rendre. »

Digitized by Google

De telle sorte que l'arrêté des Consuls, malgré les déclarations répétées des circulaires du Ministre de l'intérieur, qu' « il ne « saurait entrer dans les vues du gouvernement de favoriser une « classe au détriment de l'autre », — que « la loi doit être égale « pour tous [3] », aboutit à créer une inégalité inconnue dans les lettres patentes de 1749, à savoir une simple sanction civile contre les patrons, une sanction pénale contre les ouvriers.

Et cette sanction pénale n'était pas illusoire en l'an XII; pour s'en convaincre il suffit de rapprocher le décret du 10 vendémiaire an IV (tit. III, art. 6 et 7) du décret du 24 vendémiaire an II (tit III, art. 4 et tit. IV, art. 3) : la peine, encourue par suite de l'assimilation au vagabondage, était l'emprisonnement d'un an et même la transportation. Qu'on se rappelle enfin que le Consulat avait pris au sérieux son rôle de gouvernement, chargé, avant tout, de rétablir la sécurité dans l'intérieur du pays; dès lors il ne devait pas être enclin à des ménagements pour les vagabonds, et la formule de notre art. 3, 2e alinéa, ne déguisait pas l'impunité sous la menace.

Ce qui est vrai toutefois [4] c'est que cet art. 3 ne pouvait s'appliquer qu'à l'ouvrier *nomade;* en réalité contre l'ouvrier *sédentaire* il n'y avait aucune sanction à l'obligation du livret, en dehors des dommages-intérêts auxquels s'exposait un patron de la localité, en l'employant, sans s'assurer qu'il s'était acquitté de toutes ses obligations envers ses patrons antérieurs (art 12 L. Germinal).

30. Le Code pénal de 1810, en donnant du délit de vagabondage une définition (art. 270) qui, certainement, ne pouvait pas comprendre l'ouvrier sans livret [1], supprime-t-il la sanction pé-

[3] Circulaire déjà citée (n° 28, note 2 — n° 11, n. 1 — n° 3, n. 4) du 26 décembre 1803. Cf. circulaire du 1er septembre 1809, relative aux conseils de Prud'hommes : « Le gouvernement est dans la résolution de tenir la balance égale... » (Reproduite, comme la précédente, dans le *Mémoire* A. Costaz, p. 104 inf.)

[4] L'observation a été faite très judicieusement par M. Barthe dans son rapport au Sénat (Annexe n° 188, Doc. juin 1883, p. 794, col. 3).

[1] M. Gomel (*op. cit.*, p. 229) prétend que c'est la loi du 21 avrli 1832, qui, ayant modifié la définition donnée en 1810 du vagabondage, a rendu impossible l'application d'une pénalité aux infractions de la loi de germinal. Tel n'est point notre avis : la loi de 1832 a modifié l'art. 271, C. P., non

Digitized by Google

nale de l'art. 3, 2e alinéa, de l'arrêté de frimaire an XII, contre l'ouvrier *nomade*, qui change non seulement d'atelier, mais encore de résidence?

Nous ne le croyons pas : l'art. 270 du Code pénal, texte général, ne doit pas être présumé avoir modifié une disposition spéciale. De plus il n'y a pas, en réalité, contradiction entre la définition de l'art. 270, ou toute autre définition du vagabondage, et l'art. 3 de l'arrêté de frimaire qui porte que l'ouvrier sans livret « sera *réputé* vagabond. »

Une question différente est celle de savoir dans quelle mesure le décret du 3 janvier 1813, sur la police des mines, a modifié la sanction de l'obligation du livret. M. Barthe[2] et M. Gomel[3] sont d'accord pour affirmer que ce décret punit d'une détention pouvant aller à cinq ans et d'une amende de 100 à 500 francs, doublée en cas de récidive, les contraventions commises soit par les ouvriers, soit par les patrons. Si cette manière de voir est exacte, il faut reconnaître que le premier Empire a singulièrement aggravé dans l'industrie des mines, les prescriptions de l'arrêté des Consuls et surtout qu'il s'est préoccupé d'atteindre également, par la menace d'une peine, patrons et ouvriers. Or il nous semble évident que, si le législateur de 1813 avait eu ce souci, il ne se serait pas borné à statuer pour une industrie spéciale.

Suivant nous, le décret de 1813 doit être regardé comme un renvoi pur et simple à l'arrêté du 3 frimaire an XII; l'art. 26 porte, en effet : « Tout mineur de profession ou autre ouvrier « employé soit à l'intérieur, soit à l'extérieur, dans l'exploitation « des mines et minières, usines et ateliers en dépendant, devra « être pourvu d'un livret et *se conformera aux dispositions de* « *l'arrêté du 9 frimaire.* » On pourrait voir dans ce texte un

l'art. 270 qui est toujours ainsi conçu : « *Les vagabonds* ou gens sans aveu « sont *ceux qui n'ont ni domicile certain, ni moyens de subsistance et qui* « *n'exercent habituellement ni métier ni profession.* » Le rapporteur du Sénat (*loc. cit.*, p. 795, col. 1) relève l'erreur de M. Gomel, mais il ne songe pas que la question soulevée par la définition légale du vagabondage, a dû se poser, non pas en 1832, mais en 1810.

[2] *Rapport cité* p. 794, col. 3.

[3] *Op. cit.*, p. 229.

Digitized by Google

argument en faveur de l'opinion que nous venons d'admettre, à savoir : que le Code pénal de 1810 n'a pas modifié la sanction pénale de l'arrêté. Mais c'est là tout, et nous nous refusons à penser que l'art. 31 du décret de 1813, par renvoi au titre X de la loi du 21 avril 1810, ait voulu appliquer les sanctions pénales de ce titre X à l'obligation du livret. Qu'il nous suffise d'invoquer à l'appui de cette interprétation le texte même de l'art. 31, qui vise « les contraventions aux dispositions de police ci-dessus, « *lors même qu'elles n'auraient pas été suivies d'accidents.....* » Ces derniers mots ne prouvent-ils pas que le renvoi aux sanctions pénales de la loi du 21 avril 1810 ne concerne pas les contraventions à l'obligation du livret, contraventions qu'on n'imagine pas *suivies d'accidents ?*

Notre conclusion est que le premier Empire a conservé l'institution du livret sans y rien changer; il n'y a apporté ni atténuation dans le Code pénal, ni aggravation dans le décret de 1813.

32. Même remarque en ce qui concerne le gouvernement de la Restauration, et ici nous ne rencontrons aucune contradiction : « La Restauration, dit M. Marcel Barthe [1], ne changea rien à la « législation de l'Empire [2]. Dans les premiers temps, elle l'avait « laissé sommeiler, mais elle se ravisa, et dès 1816, la préfec- « ture de police rendit des ordonnances pour remettre en vigueur « toutes les dispositions de la loi de l'an XI et de l'arrêté de « l'an XII. Elle fit même plus : en 1822, à la suite d'une grève « de charpentiers, elle rendit une ordonnance enjoignant à tout « patron occupant des ouvriers charpentiers de faire savoir, dans « les vingt-quatre heures, à la police, leurs nom, prénoms et « demeure. »

[1] Rapport Sénat, *ibid.* M. Gomel, *ibid.*, cf. M. Levasseur, *Histoire des classes ouvrières*, I, p. 396.

[2] C'est de cette législation que le rapporteur général de l'Exposition de 1819 disait que « fondée sur les principes de la raison et de la justice, « elle a fait régner l'ordre dans les fabriques sans arrêter l'essor de l'in- « dustrie; elle a amélioré les mœurs des ouvriers, en leur donnant intérêt « d'avoir une bonne réputation. Elle a détruit parmi eux *l'esprit de vaga- « bondage, sans mettre aucun obstacle à la libre circulation du travail.* » *Rapport, Paris, Imp. royale*, 1819, avant-propos, p. 22-23, par le baron Costaz, qui avait été déjà rapporteur du jury aux expositions de 1801, 1802 et 1806 et l'auteur du projet de 1799 déjà cité (n° 29, note 3).

Digitized by Google

La Cour de cassation fut, à plusieurs reprises, appelée à statuer sur la sanction possible de l'obligation du livret. Un arrêt de rejet du 19 juin 1828, visant l'art. 12 de la loi de germinal, admet l'action civile en indemnité de patron contre patron; un autre arrêt du 9 juillet 1829 [3] déclare que « le ministère public « ne peut exercer aucune action contre un patron pour avoir « reçu chez lui un ouvrier qui n'avait point rempli ses engage- « ments chez le maître qu'il quittait, et n'en avait obtenu aucun « congé d'acquit; *que ce maître avait seul qualité pour se plain- « dre et pour exercer devant les tribunaux civils une action en « dommages-intérêts.* »

Nous ne trouvons aucun document judiciaire en ce qui concerne l'application de la sanction pénale de l'art. 3 de l'arrêté de frimaire contre les ouvriers *nomades*. En fait, il ne semble pas que le ministère public songeât à user de l'action publique contre ces *quasi-vagabonds*.

33. Aussi n'y a-t-il pas lieu d'être surpris que, depuis 1830, les ouvriers se dispensent fréquemment de se munir de livrets. Nous avons dit déjà (n° 12) que le préfet de police à Paris et les maires de quelques villes industrielles essayèrent en vain, sous prétexte de police, de sanctionner pénalement l'obligation pour les patrons de n'employer que des ouvriers porteurs de livrets en règle. La Cour de cassation, à plusieurs reprises, condamna cette prétention [1].

Toujours, d'ailleurs, pas de trace de poursuites contre les ouvriers contrevenants, en vertu de l'art. 3 de l'arrêté de frimaire. « Et pourquoi? se demande M. Barthe [2]. Tout simplement parce « que cette disposition, qui obligeait l'ouvrier en voyage, même « nanti d'un passeport, à être porteur d'un livret visé par son « précédent maître, sous peine d'être poursuivi et puni comme

[3] A leur date, t. IX, Sirey.

[1] Notamment rejet, 22 février 1840, Sirey 1840, I, p. 255. « Attendu que « la contravention à un arrêté municipal *sur un fait prévu par une loi « ne peut pas entraîner une peine que cette loi ne prononce pas;*

« ...que l'inexécution de l'obligation imposée à ceux qui emploient des « ouvriers, de se faire remettre leurs livrets, constitue une infraction à « l'art. 12 de la loi du 22 germinal an XI, mais que l'action qui en résulte « *est purement civile et se résout en dommages-intérêts...* »

[2] *Rapport précité*, Sénat, p. 795, col. 1.

Digitized by Google

« vagabond, était d'une rigueur et d'une tyrannie inconciliables « avec l'esprit de liberté que la révolution de Juillet avait fait « naître. »

C'était bien cependant le gouvernement de Juillet qui, ému des réclamations suscitées par la désuétude croissante du livret, allait songer à le rendre effectivement obligatoire par l'obligation d'une sanction pénale pratique : la préparation de la réforme fut confiée au conseil général des manufactures; un projet de loi déposé le 31 janvier 1845 à la Chambre des pairs [2], y fut discuté, d'une manière très approfondie, en 1846.

Il serait toutefois inexact de croire que ce projet n'était inspiré que par le seul désir de sanctionner efficacement l'obligation du livret; si le livret avait alors ses partisans, il avait aussi des adversaires, il est même curieux de relever sous la même plume [3],

[2] Rapport précité du comte Beugnot 16 mai 1845, *Moniteur* p 1327 et 1377.

[3] Villermé, *Rapport sur l'état physique et moral des ouvriers*, 1837.

Mémoires de l'Académie des sciences morales, 2e série, t. II, p. 329 à 594.

(Ce rapport a été mis à contribution par beaucoup d'auteurs souvent cités, par exemple par Th. Fix, *Observations sur l'état des classes ouvrières*, p. 279 et suiv. Guillaumin, Paris, 1846). P. 431-432, nous lisons : « C'est avec raison « que l'on attribue principalement au livret des ouvriers, le bon système de « police qui régit aujourd'hui nos manufactures. Ce livret... est peut-être « *le meilleur de tous les moyens* qui ont été imaginés *pour moraliser les ou-* « *vriers*, prévenir leur embauchage, et avoir une garantie de leur fidélité... « L'arrêté en date du 9 février an XII, relatif au livret *est un chef-d'œuvre* « *dans son ensemble.* » Dans le chapitre précédent, sous la rubrique *Abus des avances d'argent faites sur les salaires des ouvriers*, le même auteur disait : « L'ouvrier qui a reçu ces avances ne peut, en cessant de travailler « pour un maître, exiger la remise de son livret et la délivrance de son « congé, qu'après avoir payé sa dette (soit en argent), soit par son travail. » *Il perd donc sa liberté* (p. 423), et p. 426 comme conclusion, « Cet état de « choses produit *un esclavage particulier* qui s'aggrave chaque fois qu'à « l'imprévoyance du débiteur se joint la spéculation sans pitié du créan- « cier, et il en résulte une *exploitation révoltante de l'homme par l'homme.* » P. 430, enfin, l'auteur dénonce ces « indignes fabricants dont la spéculation « consiste à devenir créanciers de leurs ouvriers pour les exploiter ensuite « impitoyablement... La morale publique est outragée, la liberté humaine « indignement violée par une machination révoltante ; car le système des « avances ainsi pratiqué est envers l'ouvrier une spoliation licite, un crime « inattaquable et d'autant plus digne d'une vindicte sévère, qu'il s'abrite « derrière le texte même de la loi pour en fausser l'esprit. » Cette distinction entre le texte et l'esprit de la loi est, sans doute, l'explication de la contradiction de l'auteur qui se refuse, au début du chapitre suivant (p. 431),

Digitized by Google

et à quelques pages de distance, l'expression de l'admiration pour le système de l'arrêté de frimaire et la condamnation formelle des abus qu'il permettait.

Nous nous contenterons de la citation faite en note, pour prouver que les esprits impartiaux sentaient dès lors ce qu'il y avait d'excessif dans l'organisation du livret, tout en s'inclinant devant l'avis des corps spéciaux consultés, vantant ses avantages.

On ne songea donc pas alors à le détruire, mais à le rendre plus pratique et en même temps d'un maniement moins rude contre l'ouvrier. Dès cette époque, en effet, les protestations ouvrières ne manquèrent point; elles se manifestèrent sous forme de pétitions à la Chambre haute, et plusieurs pairs, le vicomte Dubouchage, le marquis de Boissy s'en firent les interprètes, ce dernier déclarant que « le propre de l'aristocratie c'est de vouloir le bien des masses, de s'occuper d'elles, de les protéger [4]. »

34. Entre ces deux courants, le législateur de 1846 aboutit à

à admettre que « la mesure du livret soit mauvaise en elle-même; elle montre au contraire la sagesse des législateurs qui l'ont introduit dans le « *Code des ateliers.* Une loi d'ailleurs peut être excellente dans toutes ses « dispositions au moment de sa promulgation, et, plus tard, *par le développement naturel des faits*, cesser de l'être dans quelques-unes. » Il est difficile de discerner ce que l'auteur entend par ce *développement naturel des faits* qui serait comme une excuse pour le système de l'arrêté de l'an XI. Cette législation inspirée par la pensée de garantir efficacement la créance du patron, ouvrait toute grande la porte aux abus qui se sont produits par la suite, et qui n'ont été reconnus, dénoncés qu'après 1830 : la responsabilité de ces abus doit, devant l'histoire, peser sur la législation qui les a autorisés. Villermé (p. 425 et 429) déclare, il est vrai, que les conseils de Prud'hommes « renforcent... autant qu'il est possible » la sévérité de la loi et il trouve que l'application qu'ils font de l'arrêté du 9 frimaire est « bien rigoureuse... sinon exagérée » ; il indique une interprétation plus bénigne, mais il n'ose pas affirmer qu'elle soit plus exacte. Nous concluons donc que cette jurisprudence n'est pas, elle non plus, une circonstance atténuante à invoquer en faveur des législateurs du Consulat, dérogeant au droit commun, créant un Code des ateliers exceptionnel, au moment même où ils affichaient dans le Code civil la volonté de rester fidèles aux principes d'égalité civile et de liberté individuelle.

[4] Séance 11 février 1846, *Moniteur*, p. 345, col. 2. Ces pétitions furent reproduites devant la commission de la Chambre des députés, qui accueillit également les observations des rédacteurs du journal l'*Atelier*, comme le constate le rapport Salveton, cité déjà Cf. n° 12, note 3.

Digitized by Google

une œuvre de transaction. Il ne supprima aucune des dérogations au droit commun que nous avons signalées et analysées, mais il se préoccupa d'en atténuer les conséquences pratiques les plus graves.

On maintenait : 1° la nécessité pour l'ouvrier qui cherche du travail de justifier, par la présentation de son livret, qu'il est libre d'*engagements de travail* antérieurs (art. 1 et 4);

2° Le dépôt du livret entre les mains du patron (art. 4) et le droit pour celui-ci de le retenir (art. 5);

3° Le droit d'inscrire sur le livret, rendu à l'ouvrier, les avances à lui faites (art. 6), emportant toujours droit à une retenue des deux dixièmes sur les salaires (art. 7).

Mais, d'une part, si le chiffre des avances qu'il est possible d'inscrire n'était pas limité [1], le total des retenues à effectuer par les patrons ultérieurs ne pouvait dépasser 30 francs (art. 7)[2].

D'autre part, le droit de rétention du livret ne garantissait plus

[1] Le rapporteur du Sénat (*Rapport précité*, p. 195) commet donc une erreur en écrivant que, d'après le projet de 1846, « les *inscriptions* sur les « livrets, en faveur des patrons créanciers pour avances faites à un ouvrier, « étaient réduites à 30 francs. » C'est là le régime établi par la loi de 1851, non celui du projet de la Chambre des pairs qui limitait à 30 francs la *retenue privilégiée* au profit du patron, non le droit d'inscrire toutes les avances. A nos yeux c'était là un système vicieux et illogique pour qui refusait de laisser transformer le livret en une sorte de *certificat de bonne conduite* (Cf. ci-après note 7) ; la mention de toutes les avances reçues et non remboursées par l'ouvrier qu'était-elle autre chose qu'une de ces *notes défavorables*, contre lesquelles on protestait et que Chaptal déjà avait proscrites dans une circulaire aux préfets ?

[2] Cette réduction du chiffre total des retenues possibles était présentée par les défenseurs du projet comme le remède à tous les abus que la pratique avait révélés, et elle fournissait la réponse qui devait triompher au scrutin, des critiques les plus fondées en droit (Celles de Persil notamment, Voy. n° 27). Elle permettait à Teste de dire (Séance 12 février 1846, p. 358, col. 1) : « Ce n'est pas de l'intérêt du maître qui a fait les avances que l'on « s'occupe ici; c'est de l'intérêt de l'ouvrier; c'est une disposition bienveil- « lante pour l'ouvrier lui-même; ce ne serait plus un bienfait, ce serait un « *moyen d'oppression* si les avances pouvaient aller jusqu'à des sommes « telles que le travail de l'ouvrier ne pourrait pas les combler si ce n'est « dans un terme très long... Il fallait obvier à ces avances démesurées » (Voy. les exemples donnés, p. 426 et 429, du rapport précité de Villermé).... « D'un autre côté il fallait ouvrir une porte facile aux avances modérées, « à ces avances qui pourvoient à des nécessités extrêmes, à des besoins « urgents, auxquels il faut appliquer immédiatement un secours. »

Digitized by Google

que *la dette de travail* de l'ouvrier, il ne pouvait avoir pour objet de contraindre l'ouvrier à acquitter en travail une dette d'avances [3].

Enfin la Chambre des pairs repoussait plusieurs innovations ou aggravations à la législation en vigueur : l'extension du livret aux ouvriers agricoles [4], — son application aux ouvriers travaillant pour plusieurs maîtres [5], ou aux ouvriers travaillant à la journée [6], — sa transformation en moyen de renseignements sur la moralité de l'ouvrier [7].

[3] Telle était bien la conséquence de l'art. 6 qui, au cas de refus par le patron de rendre à l'ouvrier son livret, chargeait le maire de lui délivrer « un congé provisoire *après y avoir inscrit le montant des avances réclamées.* » Et c'est bien en ce sens que le comte Beugnot disait (Séance 12 février, p. 357, col. 3) : « Aujourd'hui un ouvrier qui aura reçu des avances « pourra s'acquitter comme bon lui semblera, ou par son travail ou *par* « *tout autre moyen qu'il aura à sa disposition.* » Le patron ne peut donc plus exiger le remboursement des avances en travail.

[4] Cf. n° 18, note 3. Observations d'Hippolyte Passy.

[5] Ce qui explique la rédaction de l'art. 1 ainsi conçu : « Les ouvriers et « apprentis de l'un ou l'autre sexe, attachés aux manufactures, fabriques, « usines, mines, carrières, chantiers et ateliers, soit qu'ils travaillent dans « l'établissement, soit qu'ils travaillent chez eux *pour un seul chef d'établissement*, seront tenus de se munir d'un livret. »

[6] *Moniteur*, 11 février 1846, p. 326, col. 1, le rapporteur déclare que la loi ne s'applique pas aux ouvriers travaillant à la journée; le Ministre du commerce en dit autant (*Ibid.*, p. 329, col. 2). Sur ce point et sur le précédent le projet de la Chambre des pairs fut modifié par la commission de la Chambre des députés. Voir *le rapport Salveton* cité ci-après, p. 2104, col. 1-2.

[7] *Moniteur*, séance 11 février, p. 343, col. 3. Hippolyte Passy rappelle que la Chambre de commerce de Bordeaux « souhaite que le livret produise ce ré- « sultat de constituer une certaine série de notes relatives à la moralité « de l'ouvrier et qui aide les bons à se placer... Vous n'avez pas voulu lui « donner satisfaction sur ce point, et vous avez bien fait : car qui peut « donner l'éloge a le droit de blâmer, et la nécessité du certificat de bonne « conduite aurait assurément donné aux maîtres une arme trop suspecte. » Il serait injuste de ne pas rapprocher de l'opinion des pairs, en 1846, celle du ministre de l'intérieur Montalivet, dans une circulaire aux préfets du 16 novembre 1809, qui révèle un abus nouveau de la pratique du livret.

« On m'assure que des fabricants se croient autorisés par la loi à in- « crire sur le livret de ceux de leurs ouvriers dont ils sont mécontents, des « notes défavorables sous le rapport des mœurs et de la probité : ils sont « dans l'erreur à cet égard. Un manufacturier n'a point le droit d'enta- « cher arbitrairement un individu. Si l'un de ses ouvriers lui est suspect « d'infidélité ou s'est livré à des manœuvres tendant à désorganiser ses

Digitized by Google

Cet ensemble de mesures inspirées par les critiques dont la législation de l'an XII était l'objet et par la révélation des abus auxquels elle avait donné lieu, permettait au ministre du commerce[8] de dire sans exagération : « La loi est bonne; elle est « empreinte d'un incontestable caractère de protection et de « justice; elle a emprunté à la législation qui nous régit actuel- « lement ce qu'elle a de bon; elle corrige ce que la pratique a « signalé comme défectueux, et le but utile et honorable qu'elle « a en vue sera certainement atteint. »

35. Par contre, la Chambre des pairs n'avait pas fermé l'oreille aux doléances des intéressés consultés, nous voulons dire les chambres de commerce, les conseils généraux de l'agriculture, des manufactures, du commerce, les conseils de prud'hommes.

Il suffit de comparer l'art. 1 du projet avec l'art. 1 de l'arrêté de frimaire (Voy. n° 42) pour voir que la loi nouvelle visait à embrasser dans ses prescriptions et à soumettre à l'obligation du livret un plus grand nombre d'ouvriers.

L'art. 4 ordonnait en outre aux patrons la tenue d'un registre spécial qui devait reproduire les mentions portées au livret.

« ateliers, il lui est libre de le traduire devant les tribunaux, seuls juges « en pareille matière. — Il n'est pas besoin d'insister sur les inconvénients « qui résulteraient d'un autre ordre de choses, et sur la position désavan- « tageuse dans laquelle il placerait l'ouvrier dont le maître n'aurait ni le « désintéressement, ni l'esprit d'équité désirables. Un congé *qui parlerait* « *d'un ouvrier dans des termes défavorables*, lui ôterait la possibilité de « trouver de l'ouvrage et le mettrait dans la nécessité de périr de misère « ou de se livrer à des excès criminels pour se procurer des moyens d'exis- « tence. On doit donc, dans les congés délivrés, *s'en tenir à une déclaration* « *sur le fait de l'accomplissement des engagements précédemment contractés* « *par le porteur du livret.* » La seconde moitié de la circulaire détruit, il est vrai, la première : « On aurait tort de croire qu'en ne faisant point men- « tion des motifs de son renvoi ou de sa sortie d'une manufacture, il n'y « aura plus moyen de distinguer l'ouvrier fidèle et laborieux de celui qui « ne l'est pas. Cette différence sera bientôt aperçue. *S'il n'est pas permis* « *d'inscrire sur le livret des notes désavantageuses, rien n'empêche de déli-* « *vrer des congés favorables.* Le silence que le fabricant garde dans le pre- « mier cas, prouve d'une manière évidente, sinon un défaut de conduite, au « moins peu de contentement du service de l'ouvrier; au lieu que dans le « second cas, il ne reste pas le moindre doute sur les principes et le zèle « de celui qui a obtenu un témoignage particulier de satisfaction. Ainsi s'é- « tablit naturellement la différence entre les uns et les autres. » (Cf. n° 44).

[8] *Moniteur, ibid.*, p. 345, col. 1.

Digitized by Google

Enfin et surtout le projet nouveau se préoccupait de donner une sanction pratique à l'obligation du livret, et ce ne fut pas là le point le moins contesté de la réforme[1]; on s'arrêta à la sanction pénale de poursuites devant le tribunal de simple police pouvant aboutir « sans préjudice de tous dommages-intérêts s'il y a lieu » à une amende de 1 à 15 francs et un emprisonnement de un à cinq jours (art. 14).

Le projet d'ailleurs n'aboutit pas; transmis à la Chambre des députés, il y fut l'objet d'un rapport, déposé le 6 juillet 1847[2]; la Révolution de février vint rendre inutile tout ce travail parlementaire.

36. La question posée ne devait pas tarder à se réveiller; l'article 13 de la Constitution du 4 novembre 1848 qui, en garantissant « aux citoyens la liberté du travail », déclare que la « so- « ciété favorise... l'égalité des rapports entre le patron et l'ouvrier » suffirait à le prouver[1]. D'après M. Marcel Barthe[2]

[1] Nous avons vu (n° 11, notes 6 et 7) que plusieurs orateurs vantaient précisément le système de la loi de germinal, son défaut de sanction. « La « loi nouvelle, disait le comte Daru (*Moniteur*, 11 février 1846, p. 327, « col. 3), fait une chose extrêmement grave; elle transforme cette faculté « en une obligation impérieuse, stricte, absolue, placée sous la protection « d'une clause pénale, d'une répression sévère, dans certains cas. » Et, de même, Montalembert (*Ibid.*, p. 328, col. 2). « Vous allez changer complé- « tement la nature du livret, vous allez rendre obligatoire une institution « qui avait grandi, qui s'était enracinée d'elle-même, sans sanction pénale, « qui était revêtue seulement de la sanction de l'expérience, de la sanction « de la sympathie populaire, vous allez lui imprimer un caractère de pé- « nalité, un caractère despotique et, coûte que coûte, un caractère humi- « liant, car ce qui est obligé, imposé sous une peine, a toujours plus ou « moins le caractère d'une obligation humiliante. — Et cette obligation va « être imposée aux maîtres comme aux ouvriers; car on vous propose de « vous punir, vous pairs de France, ou citoyens quelconques, si vous em- « ployez dans vos établissements, dans vos exploitations, un ouvrier qui ne « vous présentera pas son livret. »

[2] C'est le remarquable rapport Salveton, auquel nous avons emprunté déjà plusieurs citations, (*Moniteur*, 16 juillet 1847, p. 2103 à 2106).

[1] Aussi Chauffour à l'Assemblée législative le 8 mai 1851 terminera-t-il le discours par lequel il demande la suppression du livret (*Moniteur*, p. 1301, col. 1 *in-fine*) en disant : « Je demande si en présence de l'art. 14 de la « constitution qui dit que les lois doivent établir l'égalité des rapports « entre les patrons et les ouvriers, si en présence du principe antérieur et « supérieur à toutes les constitutions et qui survivra à toutes les constitu- « tions, de l'égalité civile, de l'égalité devant la loi, vous voulez maintenir « une législation qui consacre de pareilles monstruosités. »

[2] Rapport au Sénat précité, p. 795, col. 3.

Digitized by Google

l'abrogation de l'art. 7 de l'arrêté de l'an XII aurait même été expressément demandée à l'Assemblée constituante; cette demande n'eut pas de suite immédiate.

37. C'est à l'Assemblée législative, le 2 février 1850 que nous voyons apparaître une proposition de l'ancien ministre du commerce Lanjuinais et d'un ancien industriel Seydoux. Son but était moins complexe[1] que celui du projet de 1846; il s'agissait simplement, sans remanier toute la législation du livret, sans l'étendre à un plus grand nombre d'ouvriers, sans la renforcer par une sanction pénale, de modifier les art. 7, 8 et 9 de l'arrêté du 9 frimaire an XII, dans ce qu'ils avaient de plus excessif, — suivant la formule du rapporteur[2], « de préciser les condi-« tions de remise ou les cas de rétention des livrets, — de sup-« primer ou limiter l'inscription des avances et la retenue. »

[1] Le rapport Chégaray, au nom de la commission d'initiative précise très nettement le but limité de la proposition (*Moniteur*, 2 mars 1850, p. 738).

[2] Salmon, dans son 2e rapport Sirey, L. A. 1851, p. 74, col. 1-2 et *Moniteur*, 16 avril 1851, *Supplément*, p. 2-3. Nous avons vu (n° 26, note 1) que le premier rapport Salmon (*Moniteur*, 13 mai 1850, p. 1646, col. 2-3) proposait la supression complète du droit d'inscrire les avances sur le livret et de retenir une fraction des salaires, comme constituant un privilège contraire au droit commun; le droit de rétention du livret était seul maintenu. Le projet de loi, déposé le 8 juin 1850 par le ministre du commerce Dumas (*Moniteur*, 11 juin, p. 2011) refusait d'admettre cette suppression complète de ce qu'il considérait comme un instrument de crédit utile à l'ouvrier; suivant lui il suffisait d'empêcher les abus des avances, signalés par Villermé (Cf. n° 33, note 4). De là le revirement d'opinion de la commission et les efforts du second rapport pour justifier le privilège du patron que le premier condamnait; qu'on juge de la valeur de l'argumentation nouvelle : « Sans doute la créance du patron qui a fait des avances à l'ouvrier fait con-« currence à des créances qui ne se recommandent pas à des titres moins « respectables que les siens; cependant, il ne le faut pas perdre de vue, de « tous ceux qui ouvrent un crédit à l'ouvrier, le patron est ordinairement « *le premier en date;* si le travail qu'il lui donne détermine d'abord le lo-« geur (Cf. n° 27, note 3), le boulanger, le maître de pension à ne pas exi-« ger de lui le paiement immédiat de leurs fournitures, — le salaire que « leur débiteur gagne chez le fabricant et jusqu'aux avances qu'il en a « reçues servent ensuite à les désintéresser : n'est-il pas juste que celui qui « l'a aidé *avant personne*, et qui lui a souvent fait obtenir l'assistance des « autres, soit lui-même le premier payé? Tout ce qu'on peut exiger d'un « droit pareil, c'est, non pas qu'il s'efface devant ceux qu'il a primés jusqu'à « ce jour, mais qu'en comptant avec eux il consente seulement à reconnaître « des limites. » (Sirey, L. A. 1851, p. 65, col. 2. Cf. *Monit.*, 16 avril 1851,

Digitized by Google

Au cours des débats, l'abolition du livret fut proposée[3] : une réforme aussi radicale n'était pas mûre; elle fut repoussée par 445 voix contre 189.

D'où il ne faudrait pas conclure que les vices juridiques de l'institution fussent méconnus; les rapports Salmon sont très instructifs à cet égard : on voulait bien « ramener la pratique sous l'empire des principes », mais il fallait tenir compte des idées, des usages reçus; on avait, suivant l'avis du Conseil d'État et conformément aux précédents de 1846, consulté les chambres de commerce, les chambres consultatives des arts et manufactures, les conseils de prud'hommes, on ne pouvait pas négliger leur opinion et elle pesa d'un poids assez lourd sur les déterminations de la commission qui voulut aussi « concilier les principes avec « les exigences de la pratique[4]. »

38. C'est surtout en ce qui concerne l'inscription des avances sur le livret et le droit de retenue sur les salaires qu'on se rendit compte, alors, qu'il y avait atteinte grave au droit commun[1]. La

supplément, p. 3, col. 3). Ce raisonnement revient à fonder un privilège sur *la priorité en date* de la créance du patron; n'est-ce pas méconnaître le principe *privilegia non ex tempore... æstimantur*? Il nous semble donc que, juridiquement, il n'eût pas dû l'emporter sur les objections que la note 1 du n° suivant reproduit.

[3] Séance 8 mai 1851, *Moniteur*, p. 1297 et 1300. Les discours Nadaud et Chauffour, en faveur de l'abrogation absolue de la législation des livrets, attaquent surtout son caractère de mesure de police. Chauffour, il est vrai, habilement, pour rallier les suffrages de la droite de l'Assemblée législative, abrite les critiques qu'il dirige contre l'arrêté de l'an XII, derrière l'autorité de Daru et de Montalembert, à la Chambre des pairs; mais il n'apporte aucun argument d'ordre juridique à l'appui de sa démonstration.

[4] 2e rapport Salmon Sirey, *loc. cit.*, p. 64, col. 1.

[1] *Ibid.*, p. 65, *inf.* : « Le droit d'inscrire les avances et de s'en faire « rembourser par la retenue est *exorbitant du droit commun;* le projet de « loi (du gouvernement) lui donne le titre de privilège; il ne le reconnaît « qu'en le réduisant; mais ce qui lui rend *la raison plus hostile,* c'est qu'il « ne s'attache pas au caractère de la dette pour la garantir dans toutes les « conditions identiques, ni même à la condition de la personne pour pro- « téger ses intérêts dans toutes les situations semblables. Il profite à la « créance du fabricant sur son ouvrier et néglige celle du laboureur sur « son homme de peine; le fabricant d'étoffes l'invoque utilement contre le « tisseur que les usages forcent à se munir d'un livret, et tel artisan qui « emploie des aides dans l'exercice de sa profession, le réclamerait en vain « contre le compagnon que cet usage en dispense. Oserait-on introduire « dans *la loi civile* des dispositions qui sanctionneraient de pareilles préfé-

Digitized by Google

note 2 du numéro précédent montre les hésitations de la commission proposant d'abord de supprimer cette prérogative extraordinaire, puis, revenant sur cette décision, après avoir été saisie du projet Dumas. Toutefois, elle fit deux pas de plus que le projet de 1846 : elle limita, d'abord, à 30 fr., non seulement le montant des retenues, mais même les inscriptions d'avances [2] ; en outre, elle réduisit de deux à un dixième du salaire le chiffre de la retenue (art. 4 et 5).

39. Quant au droit de rétention du livret par le patron, que nous avons signalé comme la dérogation théoriquement la plus grave aux principes généraux du droit civil, dans le système de l'arrêté de l'an XII [1], aucun scrupule juridique ne se révèle dans le rapport. Le rapporteur ne critique point ce droit dans son principe, mais seulement dans ses conséquences extrêmes [2] : il

« rences? Quand on la revise, est-il raisonnable de leur laisser une place « dans la *loi de l'industrie?* — Le privilège de l'inscription et de la rete- « nue éveille encore d'autres critiques non moins sérieuses : le même mai- « tre n'est pas toujours sûr de pouvoir l'invoquer contre le même ouvrier; « que cet ouvrier, au lieu de travailler dans un atelier, travaille en cham- « bre, dans sa propre demeure, et qu'au lieu de se placer au service d'un « seul patron, il reçoive de deux des matières à mettre en œuvre et des « avances, l'inscription de ces avances deviendra impossible; car ne pou- « vant remettre son livret à deux maîtres à la fois, il ne l'a donné à au- « cun, et l'arrêté de frimaire ne parlant que d'un seul patron créancier, « tous deux ne pourraient inscrire leurs avances, ni exiger une double re- « tenue, ni se disputer la retenue unique, ni même se fonder sur le texte « de l'arrêté pour la partager. — Enfin le privilège qui encourage les avan- « ces favorise bien plus en réalité la dissipation et l'imprévoyance qu'il « n'aide la misère et le travail intelligent; il est moins réclamé par les pa- « trons à titre de garantie *qu'à titre de commination*, et il a été bien plus « souvent pour les ouvriers un instrument de ruine qu'un élément de cré- « dit... Mais les résultats de l'enquête sont là, les faits ont parlé, l'expé- « rience a dit son mot, la majorité de votre commission s'est rangée de son « côté... » (p. 65, col. 2).

[2] Cf., n° 34, note 1.

[1] Nos 15 et suivants.

[2] Sirey, *loc. cit*, p. 64, col. 3 « A nos yeux le droit de rétention est si « considérable que, tout en le consacrant, nous avons voulu en limiter « l'usage à des cas rigoureusement définis et déterminés; nous avons craint « qu'en le rattachant comme sanction à l'inobservation d'une des conditions « accessoires des conventions,.... on ne jetât dans l'esprit des Prud'hom- « mes chargés d'appliquer la loi, des doutes sur son but, sur ses prescrip- « tions, sur l'étendue véritable des droits qu'elle doit ouvrir, ou qu'on ne « renouât par un fil le lien de cette dépendance excessive dont le projet

Digitized by Google

ne veut pas en faire la sanction « des conditions accessoires » du contrat de travail, mais il ne paraît pas soupçonner, lui, qui appréciait si justement, au point de vue du droit commun, les inscriptions d'avances et les retenues, que cette rétention du livret admise comme sanction de l'obligation principale de l'ouvrier est la violation flagrante d'une règle fondamentale du Code civil, concernant les obligations de faire, de l'art. 1142.

Les rédacteurs des art. 2 et 3 de la loi de 1851 essayèrent, il est vrai, de dissimuler, sous l'apparente préoccupation d'établir l'égalité entre les deux parties au contrat de travail, de leur imposer « des droits et devoirs réciproques [3] », l'injustice qu'ils maintenaient; il n'y a là, peut-on dire, qu'une hypocrisie de rédaction, dont notre législation industrielle fournit plus d'un exemple [4], mais qui n'est pas heureuse :

Art. 2. — L'ouvrier qui a terminé et livré l'ouvrage qu'il s'était engagé à faire pour le patron; qui a travaillé pour lui pendant le temps réglé, soit par le contrat de louage, soit par l'usage du livret; ou à qui le patron refuse de l'ouvrage ou son salaire, *a le droit d'exiger la remise de son li-*

« du gouvernement lui-même vous demande en termes si énergiques d'af-« franchir l'ouvrier... »

Dans la discussion il est vrai, répondant aux attaques dont le livret a été l'objet, Salmon essaye d'une justification du droit de rétention; elle consiste à le présenter comme la contre-partie du privilège de l'ouvrier au cas de faillite du patron; l'ouvrier « a un privilège qui le fait passer avant « tout autre créancier. Pourquoi n'en accorderiez-vous pas *un semblable* « au patron ? Quel est ce privilège? » C'est le droit de rétention du livret; « *y a-t-il au monde un gage qui soit plus justifié par la morale, par la* « *raison?* » (*Moniteur*, 8 mai 1851, p. 1301, col. 2). — Mais l'orateur se garde bien d'apprécier cette espèce de gage d'après le droit commun qui révélerait aussitôt qu'il n'a rien de *semblable* au privilège de l'art. 549, C. co. — (Cf. n° 17, l'argumentation Salveton, dans le même sens, dès 1847).

[3] (Sirey, *loc. cit.*, p. 64, col. 3) « La rédaction à laquelle nous nous som-« mes arrêtés énonce clairement *les droits et les devoirs réciproques* du « patron et de l'ouvrier; les uns sortent des autres, et suivant que les con-« ventions arrêtées entre eux sont exécutées ou restent sans exécu-« tion, il nait, *pour le premier ou pour le second, un droit qui devient la* « *sanction de l'obligation contractée à son profit.* » (Cf. rapport au Tribunat « de Perrin, cit. n° 7.)

[4] Cf. n° 54, note 2. Cf. notamment, en matière de droit de coalition, l'art. 414, C. pén., tel que l'avait rédigé la loi du 27 novembre 1849, dont Bastiat disait qu'elle consacrait *l'égalité « sur le papier »*. (Œuvres complètes, T. V, p. 501-502, *Discours sur la répression des coalitions*).

Digitized by Google

vret et la délivrance de son congé, lors même qu'il n'a pas acquitté les avances qu'il a reçues.

Sans doute, il y a là une atténuation importante à l'art. 7 de l'arrêté de frimaire : le droit de rétention du livret ne garantit plus la créance du patron pour avances, il ne permet plus d'enchaîner l'ouvrier en violant, au besoin, l'art. 1780, C. civ., et l'art. 13 de la loi de germinal [5]; mais en quoi reconnaître le droit de l'ouvrier à exiger la remise de son livret en règle, quand il est quitte du travail promis, constitue-t-il pour lui une garantie de l'exécution par le patron de ses obligations, la réciproque de la sanction exceptionnelle de son engagement de travail maintenue par l'art. 3?

Art. 3. — *De son côté*, le patron qui exécute les conventions arrêtées entre lui et l'ouvrier *a le droit de retenir le livret* de celui-ci jusqu'à ce que le travail, objet de ces conventions, soit terminé et livré, à moins que l'ouvrier, pour des causes indépendantes de sa volonté, ne se trouve dans l'impossibilité de travailler, ou de remplir les conditions de son contrat.

Nous disons que présenter le droit pour l'ouvrier libéré d'exiger la restitution de son livret, comme la contre-partie du droit pour le patron de le retenir tant que le travail ne lui aura pas été prestê [6], c'est masquer sous un semblant d'égalité, sous l'antithèse de deux textes qui s'équilibrent dans les mots, la faveur exorbitante maintenue au profit des patrons, en principe, quoique restreinte dans sa portée pratique et ses conséquences les plus graves [7].

40. En résumé, il faut reconnaître que la loi de 1851 a non seulement réalisé, dans l'institution du livret, toutes les améliorations ou atténuations qui avaient été votées, en 1846, par la

[5] Déjà expliqué n° 20. Cf. Projet de 1846, n° 34, note 3.

[6] C'était déjà le raisonnement de Chaptal. Voy. n° 11, note 1.

[7] Il faut noter l'art. 6 qui, tout en faisant une application du principe de la non rétroactivité des lois, croit devoir rétroactivement décider que les patrons ne peuvent pas retenir les livrets pour avances, ni refuser le paiement de ces avances en argent, pour l'exiger en travail. — M. Marcel Barthe (rapport précité p. 799, col. 2, *in-fine*) a, sans doute, perdu de vue ce texte, lorsqu'il écrit, *au présent* : « L'ouvrier qui a reçu une avance de « 30 francs, n'a pas, comme tout débiteur ordinaire, la faculté de se libé- « rer en argent : il est obligé, pour obtenir un acquit, de se libérer en tra- « vail ; c'est là une violation des principes généraux du droit. »

Digitized by Google

Chambre des pairs, elle a, en outre, limité *les inscriptions* d'avances à 30 fr. et *le chiffre de la retenue* à un dixième des salaires, enfin elle n'a admis aucune des aggravations ou extensions qui avaient été votées sous le gouvernement de Juillet.

Par contre, elle n'a effacé aucune des dérogations aux règles de notre droit civil que la législation industrielle du Consulat avait introduites : toutes les atteintes au droit commun, que nous avons étudiées, subsistent; les unes avouées, les autres méconnues encore par les auteurs de la loi nouvelle.

L'honneur, en notre matière, de revenir aux principes généraux, appartient à la loi du 22 juin 1854 ; il est curieux de voir comment.

41. On peut se convaincre aisément, en effet, qui, si ce premier pas dans la voie du droit, a été fait par le législateur du second Empire, à ses débuts, c'est à son insu, et d'une manière inconsciente.

Sa réforme se présente tout d'abord, avec un caractère bien différent de celui qu'on peut relever dans la loi de 1851. Tandis que celle-ci était sortie d'un mouvement très vif de réaction contre les idées de réglementation et d'autorité du Consulat, mouvement qui, de 1830 à 1849, n'avait fait que s'accentuer, la loi de 1854, elle, fut inspirée par un retour aux traditions du gouvernement de l'an XII.

L'Assemblée législative ne s'était pas préoccupée du *côté policier* de l'institution du livret; elle ne l'avait envisagée que comme règle des rapports contractuels entre patrons et ouvriers, comme procédé de garantie au profit du patron; si elle n'avait pas osé supprimer, contre le vœu des intéressés consultés, ce qui était contraire au droit commun, du moins avait-elle restreint dans d'étroites limites les prérogatives excessives du patron ; c'était là son but unique et ce fut son seul résultat; après elle, l'obligation du livret n'eut pas d'autre étendue d'application, et, ni plus ni moins de sanction, qu'auparavant.

Il suffit, au contraire, de lire l'exposé des motifs de la loi de 1854 pour se convaincre que la préoccupation principale, sinon la seule, de ses inspirateurs fut de généraliser et de perfectionner un moyen commode de surveillance policière. « On n'exagère

Digitized by Google

« rien, concluent les auteurs de ce document[1], en disant que le « livret est un des ressorts les plus utiles et les plus ingénieux du « mécanisme qui régit notre industrie. Au moyen des dispositions « nouvelles que renferme le projet de loi, le livret est appelé à « rendre de nouveaux et importants services. »

Or ces dispositions nouvelles, quelles étaient-elles? « Le projet « de loi que nous avons l'honneur de présenter au Corps législa- « tif a pour objet de généraliser l'usage du livret, *sans cependant « le faire sortir du cercle de l'industrie*[2]. Il y procède par une « double voie. Premièrement, en élargissant le nombre des pro- « fessions assujetties au livret; secondement, en donnant une « sanction modérée, mais dont tout porte à prévoir l'efficacité, à « l'obligation établie pour l'ouvrier d'avoir un livret, pour le « chef d'industrie de s'assurer que l'ouvrier en est muni. »

42. Et si l'on compare les trois textes de l'arrêté de l'an XII, du projet de 1846 et de la loi 1854, on se rendra un compte exact, à première vue, de l'extension donnée à l'obligation du livret.

Arrêté 9 frimaire an XII.	Projet de 1846.	L. 26 juin 1854.
Art. 1. — Tout ouvrier travaillant en qualité de compagnon ou de garçon devra se pourvoir d'un livret.	Art. 1. — Les ouvriers de l'un et de l'autre sexe attachés aux manufactures, fabriques, usines, mines, carrières, chantiers et ateliers, soit qu'ils travaillent dans l'établissement, soit qu'ils travaillent chez eux *pour un seul* chef d'établissement seront tenus de se munir d'un livret.	Art. 1. — Les ouvriers de l'un et de l'autre sexe attachés aux manufactures, fabriques, usines, mines, minières, carrières, chantiers, ateliers et autres établissements industriels, ou travaillant chez eux *pour un ou plusieurs* patrons seront tenus de se munir d'un livret.

[1] Sirey, L. A. 1854, p. 127, reproduit *in extenso*, signé Vuillefroy, président de la section des travaux publics; — Michel Chevalier, conseiller d'État, rapporteur; — Heurtier, conseiller d'État.

[2] Cette restriction laisserait-elle entendre qu'on aurait pu songer, à cette époque, à faire du livret une *institution de droit commun*, applicable à tous les citoyens? Cf. discours Nadaud *in fine* à l'Assemblée législative, séance 8 mai 1851.

Digitized by Google

D'autre part, on empruntait également au projet de 1846 l'obligation pour le patron de tenir un *registre spécial* qui « aura cet avantage qu'il permettra de suppléer à la perte ou à la disparition du livret. »

Projet de 1846.	L. 26 juin 1854.
Art. 1. — le chef d'établissement inscrira sur un registre spécial, en papier non timbré, qu'il devra tenir à cet effet, les nom et prénoms de l'ouvrier, le nom et le domicile du chef d'établissement qui l'aura employé précédemment et le montant des avances dont l'ouvrier aura pu rester débiteur.	Art. 4. — Le chef d'établissement transcrit sur un registre non timbré, qu'il doit tenir à cet effet, les nom et prénoms de l'ouvrier, le nom et le domicile du chef de l'établissement qui l'aura employé précédemment, et le montant des avances[1] dont l'ouvrier serait resté débiteur envers celui-ci.

43. Enfin l'art. 11, comme l'art. 14 du projet de 1846, édicte une sanction pénale que les art. 12 à 15 aggravent dans certains cas :

Projet 1846.	L. 1854.
Art. 14. — Les contraventions aux art. 1 et 4 ci-dessus et aux règlements d'administration publique qui seront publiés pour l'exécution de la présente loi, seront poursuivies devant le tribunal de simple police, et punies d'une amende de 1 à 15 fr., sans préjudice de tous dommages-intérêts, s'il y a lieu. — Il pourra de plus être prononcé, selon les circonstances, un emprisonnement de 1 à 5 jours.	Art. 11. — Les contraventions aux art. 1, 3, 4, 5 et 8 de la présente loi sont poursuivies devant le tribunal de simple police, et punies d'une amende de 1 à 15 fr., sans préjudice des dommages-intérêts, s'il y a lieu. — Il peut, de plus, être prononcé, suivant les circonstances, un emprisonnement de 1 à 5 jours.

Qu'on se reporte aux débats parlementaires du temps, tels que nous les a conservés *le Moniteur*, ou y lira[1] : « Le commis-« saire du gouvernement, Vuillefroy, dit que *toute la loi est dans* « *l'article 11;* il s'agit de savoir si la Chambre veut que cette loi « soit sérieusement appliquée. Déjà existait une loi qui obligeait

[1] Dans le projet de 1846, le montant des avances inscrites sur le livret de l'ouvrier d'abord, puis sur le registre spécial, pouvaient excéder 30 fr. Il résulte, au contraire du dernier alinéa de l'art. 4 de la loi 1854 cb. avec l'art. 4 de la loi 1851 que les avances ne peuvent être inscrites sur le livret (et partant sur le registre spécial) que jusqu'à concurrence de 30 fr. (Cf. n° 34, note 1).

[1] N° du 2 juin 1854, p. 603.

Digitized by Google

« les ouvriers à prendre un livret. Elle n'avait point de sanction [2]. « En sera-t-il de même de celle-ci? La commission et le Conseil « d'État ont été d'accord que *la pénalité doit être égale pour « tous.* »

Voilà le but de la loi nettement précisé. — Sans doute, on reconnaissait que la loi de 1851 avait « modifié *heureusement* les « art. 7, 8 et 9 de l'arrêté de l'an XII », qu'elle avait fait disparaître « des inconvénients et des abus [3] », l'art. 4 *in fine* y renverra expressément, en ce qui concerne les avances à mentionner sur le livret; mais, pour le droit de rétention du livret par le patron, loin de songer à le supprimer, on voudra tout d'abord le renforcer : « L'art. 5 de l'arrêté du 9 frimaire an XII con« férait au patron *la faculté d'exiger* que le livret fût déposé « entre ses mains. Le projet de loi en fait (art. 3) [4] une règle « absolue. Il n'y a là rien qui ne soit *parfaitement équitable.* Le « livret est, en effet, le seul titre qui puisse assurer au chef d'é« tablissement l'exécution des obligations contractées par un « ouvrier [5]. »

44. Dans le projet du gouvernement, deux dispositions seulement peuvent apparaître comme inspirées par une pensée de protection pour l'ouvrier.

C'est, tout d'abord, l'art. 5 (devenu l'art. 8) portant que « dans « tous les cas, il n'est fait sur le livret aucune annotation *favo« rable ou défavorable* à l'ouvrier. » Mais ce n'est point là une innovation; le rapport le reconnaît [1]; ce n'est que l'affirmation d'une pratique constante. Déjà le rapporteur de la loi de 1851

[2] La commission chargée, en 1853, d'examiner le projet de loi sur les conseils de prud'hommes, s'était déjà préoccupée de remédier au défaut de sanction pratique de l'obligation du livret; elle avait songé à un procédé autre qu'une pénalité, à faire dépendre l'électorat pour les conseils de prud'hommes de la possession du livret. « Attachons le droit électoral à la « présentation du livret et cette loi (de germinal) sera désormais mieux « exécutée, » dit le rapport Sirey, L. A. 1853, p. 55, col. 2).

[3] Exposé des Motifs, précité *Sirey*, l. A. 1854, p. 127, col. 1.

[4] Projet primitif, art. 3 : « Les chefs d'établissement donnent récépissé du « livret, *qui reste entre leurs mains tant qu'ils continuent d'employer l'ou« vrier.* »

[5] Exposé des Motifs, *ibid.*, p. 128, col. 2 (Cf. n° 18, note 5).

[1] *Sirey*, L. A. 1854, p. 129, note 6.

Digitized by Google

parlait[2] de « ces notes défavorables *qu'il n'est point permis* de « consigner sur les livrets », et, en 1846, à la Chambre des pairs[3], comme on rappelait une circulaire du ministère de l'intérieur du 20 avril 1807[4], permettant « les congés favorables », il fut reconnu formellement que le livret ne devait pas plus porter des mentions favorables que des mentions défavorables, l'absence des premières équivalant aux secondes.

Reste l'art. 6 (devenu l'art. 9) : « Le livret, visé gratuitement « par le maire de la commune où travaille l'ouvrier..., tient lieu « de passeport à l'intérieur. » — « C'est, dit l'exposé des motifs, « une immunité qui est conforme aux intentions du gouverne- « ment de l'Empereur, si souvent exprimées, en faveur des « classes ouvrières. » — Or, l'art. 12 du projet de 1846 contenait la même disposition et, d'autre part, l'art. 9 définitif (*in fine*) porte que le livret « tient lieu de passeport à l'intérieur, *sous les « conditions déterminées par les règlements administratifs;* » qu'on se reporte aux art. 11 et 13 du décret du 30 avril 1855, *portant règlement sur les livrets d'ouvriers*[5], on n'aura pas de peine à se convaincre que cette immunité prétendue n'était, comme la déclaration de l'art. 8 de la loi, qu'une vaine formule, une étiquette libérale à un projet qui n'était que restrictif[6].

[2] *Sirey*, L. A. 1851, p. 65, col. 3.

[3] Séance 10 février, *Moniteur*, p. 329-330.

[4] Circulaire qui nous est inconnue et qui pourrait bien être celle que nous avons reproduite (n° 34, note 7) avec la date du 16 novembre 1809.

[5] *Sirey. L. A.*, 1855, p. 55.

[6] « L'application de cette loi, écrit M. Barthe dans le rapport déjà cité « (n° 796, col. 2-3) a été réglée par un décret du 30 avril 1855 qui l'ag- « grave par certaines dispositions de police. — Ainsi l'art. 2 prescrit de « tenir dans chaque commune un registre sur lequel sont relatés, au mo- « ment de leur délivrance, les livrets et les visas qui y ont été apposés à « l'occasion des changements de résidence ou des voyages d'un ouvrier. « D'après l'art. 6 l'ouvrier est tenu de représenter son livret à toute réqui- « sition des agents de l'autorité. — Lorsque le livret est visé pour tenir « lieu de passeport à l'intérieur, le visa de départ doit indiquer toujours « une destination fixe et ne vaut que pour cette destination. Ce visa ne « peut pas être donné si l'ouvrier a interrompu l'exercice de sa profession « ou s'il s'est écoulé plus d'une année depuis le dernier certificat de sor- « tie inscrit au livret. — La disposition la plus grave, parce qu'elle laisse « la plus grande latitude à l'arbitraire de l'administration, c'est l'art. 13 « ainsi conçu : « Le présent règlement ne fait pas obstacle à ce que des

Digitized by Google

45. Comment, dès lors, dans une loi conçue dans un tel esprit, expliquer l'art. 6 (actuel), qui supprime le droit pour le patron de retenir le livret?

Art. 6. — « Le livret, après avoir reçu les mentions prescrites par les « deux articles précédents, *est remis à l'ouvrier et reste entre ses mains.* »

L'annotateur du recueil de Sirey [1] nous montre « le gouver- « nement prenant l'initiative d'une mesure plus libérale, plus fa- « vorable aux intérêts et à la dignité de l'ouvrier, » déposer le 26 mai un projet additionnel qui consacrait l'innovation. — Cette explication si brève, d'un revirement si complet, ne nous avait jamais paru satisfaisante; le *Moniteur* est plus explicite [2].

On y voit que le droit de rétention du livret avait ses partisans et qu'il eut son avocat : « Le livret, disait le député Levavasseur, devant « rester désormais entre les mains de l'ouvrier, le patron n'aura « plus aucune garantie, l'ouvrier, au moindre mécontentement, « pourra quitter l'atelier. Dans l'état actuel des choses, l'ouvrier « qui veut abandonner son atelier est arrêté par un double obs- « tacle, *l'impossibilité de présenter ailleurs son livret, resté entre « les mains du patron*, et de montrer un passeport aux agents de « de l'autorité. Dès l'instant que le livret sera entre les mains de « l'ouvrier lui-même et pourra lui servir de passeport, ce qui « était un obstacle deviendra une tentation et l'ouvrier quittera « son atelier sous le prétexte le plus léger. Ainsi seront intro- « duites dans les ateliers des tendances mauvaises; *les liens se « relâcheront, les garanties seront affaiblies* [3] et *l'égalité aura*

« dispositions spéciales aux livrets soient prises, dans les limites de leur « compétence, en matière de police, par le préfet de police de Paris, pour « le ressort de la préfecture, et, dans les départements, par les autorités « locales. »

[1] *L. A.*, 1854, p. 129, note 5, *inf.*

[2] Séance du 31 mai; n° du 2 juin 1854, p. 602-603.

[3] C'est toujours le « *victum eo die ingens vinculum fidei* » de Tite-Live (VIII, 28 § 8) parlant de la loi Pœtilia qui abolissait ou atténuait les rigueurs du *nexum*, comme contrat entre prêteurs et emprunteurs. On peut noter ici, sans prétendre faire aucun rapprochement excessif, que l'idée de contraindre le débiteur à travailler pour son créancier jusqu'à entière libération, est une idée romaine; c'est le droit commun primitif, à Rome, dans les rapports de créancier à débiteur. Les rédacteurs du Code civil l'ont pros-

Digitized by Google

« *cessé d'exister* [4]. »

Cette attaque, au nom de l'égalité, contre la suppression d'une disposition exorbitante, était de nature à surprendre; le rapporteur, Bertrand (de l'Yonne), eût eu beau jeu à justifier sur le terrain du droit commun l'abolition du droit de rétention, négation de l'art. 1142 du Code civil; mais c'eût été, pensons-nous, une trop formelle critique d'un exposé des motifs qui n'y voyait « *rien qui ne fût parfaitement équitable* »; il essaya toutefois de répondre : « On a parlé de l'équité; mais si le livret reste « entre les mains du patron, l'égalité n'est pas moins violée que « si le livret est entre les mains de l'ouvrier. Pour que l'égalité « existât absolument, il faudrait donc qu'il y eût deux livrets, dont « l'un resterait en la possession de l'ouvrier et dont l'autre serait « remis au patron [5]. Mais le livret ne constitue pas un contrat « synallagmatique, c'est un simple moyen de justification donné

crit dans l'art. 1142; l'organisation du livret l'a maintenu dans la législation industrielle et rendu pratique dans les rapports de patrons à ouvriers. — Voilà l'inégalité civile, voilà ce que nous avons pu appeler *la négation du droit.*

[4] L'orateur avait expliqué tout d'abord en quoi consistait, à ses yeux, l'égalité en cette matière : « Le principe d'égalité entre patrons et ouvriers « doit être la base de la loi en discussion, comme celle sur les conseils de « prud'hommes que la Chambre a votée l'année dernière. » (Cf. notre étude sur la juridiction des prud'hommes, nos 37 et suiv.) « Il s'agit de donner « *des garanties réciproques* au patron et à l'ouvrier. Les garanties offertes « par le patron sont la fixité de domicile, la patente, la considération dont « il jouit en général dans le lieu où il exerce son industrie. La garantie « que présente l'ouvrier pour l'exécution de ses engagements c'est *son li-* « *vret qui était remis au patron.* » (Cf. n° 17 note 5 le rapport Salve- « ton).

[5] La commission de la Chambre des députés en 1847 s'était arrêtée à un autre système, obliger le patron à *donner un récépissé* du dépôt du livret entre ses mains; le rapporteur (Salveton, *loc. cit.*, p. 2105, col. 1), appréciait en ces termes l'utilité de ce récépissé : « Cet acte, fait pour remplacer « le livret pendant le temps du dépôt, n'aurait plus aucune valeur après « sa restitution; il ne présenterait aucun des inconvénients matériels « de tenue et de conservation, qui rendent la condition du double livret « onéreuse et embarrassante. Il implique ue reconnnaissance formelle du « droit de l'ouvrier..... Il fait aussi disparaitre l'inégalité apparente de « cet abandon absolu, par lequel l'ouvrier se trouvait dessaisi de son livret « sans rien obtenir en échange, et condescend, sous ce rapport, dans de « justes limites, à une susceptibilité peu éclairée, mais qui mérite néan- « moins d'être prise en considération. »

Digitized by Google

« à l'ouvrier pour constater son identité et établir sa situation « quand il vient demander du travail dans un atelier. »

Réponse obscure, peu décisive. Les orateurs du gouvernement allaient apporter celle qui, seule, pouvait imposer silence aux intérêts menacés. Michel Chevalier, l'un des signataires de l'exposé des motifs, montra, le premier, que si l'on avait admis la suppression du droit de rétention du livret au profit du patron, c'était simplement parce qu'on avait jugé cette garantie inutile, superflue, avec l'art. 3 et la sanction pénale de l'art. 11 : « L'art. 3 interdit formellement aux patrons d'employer des ou- « vriers qui ne seraient pas porteurs d'un livret en règle ; d'où « il suit que si un ouvrier se présentait dans une autre ville ou « dans un autre autre atelier avec un livret non en règle, il ne « pourrait pas y être reçu [6]. Pour donner une sanction à cette « disposition, l'art. 11 frappe d'une amende et, dans certains « cas, même de la prison les patrons qui auraient contrevenu à « l'art. 3..... »

Le président du Conseil d'Etat, Baroche, fournit la même justification : « Dans le système du projet, quand un ouvrier veut « entrer chez son patron, il doit lui présenter son livret; le pa- « tron inscrit sur le registre spécial qui reste entre ses mains et « sur le livret qu'il remet aussitôt à l'ouvrier, une mention por- « tant que tel jour, tel ouvrier s'est engagé pour travailler dans « telle industrie; *à partir de ce moment celui-ci ne peut aller « s'engager chez un autre patron*, car le livret constate son pre- « mier engagement, et il est interdit aux patrons de recevoir des « ouvriers s'ils ne sont porteurs de livrets en règle, c'est-à-dire « revêtus d'un congé d'acquit. Un livret qui ne porte pas cet ac- « quit n'est pas un titre en faveur de l'ouvrier, mais un titre « contre lui ; *l'ouvrier est donc aussi bien retenu par le livret « qu'il porte dans sa poche qu'il le serait par un livret déposé « chez son patron.* »

Cette dernière formule ne laisse place à aucun doute, elle révèle le vrai motif de la suppression du droit de rétention du livret en

[6] C'est là ce que nous avons précédemment indiqué (n° 10 et suiv.) comme constituant, dans le système primitif du livret, une première atteinte au droit commun.

Digitized by Google

1854 : ce droit devenait inutile, il se trouvait remplacé par l'obligation, désormais sanctionnée pénalement tant contre les patrons que contre les ouvriers, de n'accepter ou de ne porter qu'un livret en règle.

46. Une autre considération, également pratique, fut invoquée : la commission avait cru devoir soumettre au livret l'ouvrier travaillant chez lui *pour plusieurs patrons;* on y avait songé, soit en 1846 à la Chambre des pairs, soit en 1847 à la Chambre des députés; on avait dû y renoncer par suite de l'impossibilité de faire à ces patrons des situations égales, en leur donnant à tous le dépôt du livret. Comment, d'ailleurs, autoriser l'ouvrier travaillant pour plusieurs patrons à garder son livret, tandis que l'ouvrier qui travaillait pour un seul patron devait s'en dessaisir? Supprimer, en tous cas, le droit de rétention du livret, c'était trancher la difficulté.

Suppression inoffensive pour l'intérêt des patrons, permettant du même coup d'imposer l'obligation du livret à une catégorie nombreuse d'ouvriers qui y avait échappé jusque-là, pouvait-elle ne pas être admise? — Elle le fut, en effet; elle le fut pour les causes que nous avons tenu à préciser, non point dans la pensée de faire disparaître, de la législation industrielle, une exception toute théorique aux principes de la loi civile. Et c'est pourquoi nous avons cru pouvoir dire que les auteurs de la loi de 1854 avaient été inconscients du retour au droit qu'ils effectuaient.

Retour incomplet, il est vrai, mais notable : — incomplet, car des trois dérogations au droit commun par nous étudiées dans la législation de l'an XII, la deuxième seule disparaît; la première et la troisième subsistent; — notable, car le droit de rétention du livret au profit du patron nous a paru être, de toutes les atteintes au principe de l'égalité devant la loi, la plus grave.

L'époque précise où elle a disparu de notre droit devait être nettement fixée dans cette étude avant tout juridique.

(*A suivre*). MARC SAUZET.

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE

ESSAI D'UNE THÉORIE GÉNÉRALE DE L'OBLIGATION D'APRÈS LE CODE CIVIL ALLEMAND [1],

Par M. Raymond SALEILLES, professeur agrégé à la Faculté de droit de Dijon.

Compte rendu par M. Ferd. LARNAUDE,
Professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris.

Voici un livre sur les obligations qui ne ressemble à aucun de ceux parus chez nous depuis l'ouvrage classique de Pothier. Le Code civil, qui a transformé en loi positive le résumé lumineux des principes du droit romain sur ce sujet écrit par le jurisconsulte d'Orléans, a eu cet effet, ici comme ailleurs, de couper court en quelque sorte à tout développement ultérieur de la théorie. Le Code, étant désormais la seule loi invocable devant nos tribunaux, l'appel aux lois romaines est devenu de plus en plus rare et a fini par tomber tout à fait. On trouve encore chez les premiers commentateurs qui ont suivi la promulgation du Code d'assez nombreuses citations de lois romaines. On en relève aussi dans les arrêts des premières années qui ont suivi la codification. Mais un moment vient où les générations qui n'ont pas reçu l'ancien enseignement du droit tel qu'il était conçu avant 1789 entrent en scène, et on prend alors l'habitude d'interpréter le Code par le Code et de négliger tout recours aux lois, aux œuvres et à la jurisprudence anciennes. L'interprétation y a sans doute gagné en précision, mais elle a certainement aussi acquis un caractère de rigoureuse et sèche maigreur que la doctrine, tout au moins, est peut-être en droit de regretter. Les textes de notre Code, qu'on veuille bien le remarquer, se prêtent bien moins à la discussion, au développement des théories que les lois romaines. Il y a entre ces deux types de législation la différence profonde qui sépare une règle absolue, un principe réduit en formule abstraite, d'applications multiples, d'espèces variées et concrètes. Il n'y a pas à discuter dans le premier cas, ou, dans tous les cas, la discussion est vite épuisée; dans le second, au contraire, l'interprète est bien plus libre, et le champ reste largement ouvert à l'élaboration des théories. Ce n'est pas tout, les procédés même de discussion,

[1] 1 vol. in-8, Paris, 1890.

Digitized by Google

les armes employées par les interprètes dans l'un et l'autre cas sont tout à fait différents. Quand il s'agit d'interpréter une loi française, un texte de notre législation, il y a deux ordres d'arguments qu'on voit revenir avec une désespérante monotonie et qui sont la mort de toute discussion juridique sérieuse, c'est l'argument de texte et l'argument tiré des travaux préparatoires. L'argument de texte conduit à donner aux mots, à la place des articles, à la rubrique des titres et des chapitres, à la place des signes de ponctuation une importance tout à fait décisive. Sur ce point on n'a pas tort de nous comparer quelquefois aux docteurs scolastiques du moyen âge. Quant aux travaux préparatoires, ils font de la science du droit une annexe de la théologie, et les tribuns et les conseillers d'État qui ont préparé notre Code civil pourraient être aisément comparés aux pères de l'Église dont l'autorité s'impose encore après des siècles. Que devient avec ce procédé la science vivante du droit? Mutilée, amaigrie, desséchée, elle ne peut plus remplir le beau rôle qui lui revient et qu'elle a occupé longtemps chez nous. Je constate et je critique un fait ou plutôt un résultat, je n'entends pas proposer un système nouveau. Le rôle de l'interprète et du juge aujourd'hui est la conséquence nécessaire de notre mécanisme constitutionnel, et la séparation absolue du judiciaire et du législatif ne permet pas facilement d'en concevoir un autre. Mais ce qu'il faut bien avouer, c'est qu'avec de telles lisières et de pareilles entraves le jurisconsulte moderne a fatalement perdu la faculté créatrice qui est restée à d'autres dans certains pays. A ce point de vue, l'Allemagne a été singulièrement favorisée par le maintien de législations diverses se combinant avec le droit romain lorsqu'elles ne l'abrogeaient pas expressément. Avec les textes romains, en effet, qui statuent tous sur des espèces, sur des faits pratiques, le champ est largement ouvert à l'élaboration des théories et des systèmes. Aussi les jurisconsultes allemands n'y ont pas manqué. Le nombre des idées neuves, des théories originales, qu'ils ont mises en circulation est vraiment prodigieux. Il y a là une végétation d'une richesse inouie. Sans doute il y a beaucoup de ces théories qui sont subtiles, compliquées, sans doute la forêt est quelquefois touffue et

Digitized by Google

il n'est pas trop facile d'y voir clair. Il n'en est pas moins vrai que cette abondance donne bien la sensation de la vie, du mouvement.

Jusqu'à présent tous ces travaux épars dans les nombreuses revues d'outre-Rhin, dans les traités de Pandectes, dans les innombrables monographies de la science allemande, n'ont pas été trés remarqués chez nous. Sans doute on pourrait en retrouver la trace dans les cours de quelques professeurs de nos Facultés. Quant aux livres, à part de rares exceptions, aucune allusion n'est faite à des théories qui ne peuvent servir à rien au point de vue pratique ; et les revues elles-mêmes, où on concevrait cependant l'existence de travaux sortant un peu du cercle étroit du commentaire exégétique, sont restées à peu près muettes sur ce point. Il a fallu, pour faire sortir nos jurisconsultes de ce lit tranquille et doux où ils ont sommeillé jusqu'à présent, l'apparition du projet du Code civil pour l'empire d'Allemagne. Ce projet, où viennent se condenser et se cristalliser en quelque sorte les efforts doctrinaux de la science juridique allemande de ce siècle, a éveillé immédiatement l'attention de la *Société de législation comparée* et de son éminent président. Des études partielles de M. Bufnoir, qui dirige actuellement cette association scientifique qui fait tant d'honneur à la France, de MM. Saleilles et Challamel, sont venues répandre dans le grand public les théories dont le projet propose ou rejette l'adoption. M. Saleilles ne s'en est pas tenu là et il nous donne aujourd'hui un ouvrage considérable consacré à la « *Théorie générale de l'obligation d'après le projet du Code civil Allemand.* » C'est un véritable traité des obligations, mais compris autrement qu'il ne l'a été par la plupart de ceux qui ont écrit chez nous des ouvrages sur le même sujet. Les Allemands, soit dans leurs cours, soit dans leurs livres, suivent en effet depuis longtemps une méthode essentiellement différente de celle que nous avons adoptée. Chez nous ce sont les Codes, œuvre législative, qui ont dicté, imposé leur méthode à l'enseignement et à la doctrine, œuvre essentiellement didactique. En Allemagne, c'est le contraire qui s'est produit. La doctrine et l'enseignement ont adopté un plan avant tout rationnel et divisé toute matière en une partie générale et une partie spéciale. Cette méthode, excellente dans un cours ou dans un livre,

Digitized by Google

quoi qu'on en ait pu dire [1], parce qu'elle permet d'introduire l'ordre et la classification dans les institutions juridiques, est-elle aussi bonne dans un Code? Il est permis d'en douter. Quoi qu'il en soit, M. Saleilles ne pouvait ici que suivre le *Projet* qui l'a adoptée. Cela fait que pour avoir une idée complète de la matière telle que nous la comprenons, il faudra rapprocher de son livre la partie générale du *Projet*, notamment la section IV qui contient une théorie d'ensemble des actes juridiques à propos de laquelle sont développées des règles qui chez nous sont exposées principalement dans la matière des obligations et des contrats. J'indiquerai les règles sur les vices du consentement, sur la nullité, sur la condition et le terme, etc. Avec le *Projet* M. Saleilles distingue aussi très nettement l'*obligation* considérée en elle-même, dans son objet, ses effets, son extinction, de sa *source*, et de la principale le contrat dont l'objet et les effets sont souvent confondus dans nos traités avec l'objet et les effets de l'obligation elle-même. Sur ces différents points la méthode suivie est bien plus rigoureusement conforme à une exacte analyse juridique que celle suivie en général chez nous depuis le traité de Pothier. M. Saleilles ne s'est pas borné d'ailleurs à faire avant tout un traité de l'obligation purement allemand. Son livre est aussi un ouvrage de législation comparée dans le meilleur sens du mot. Les principaux Codes étrangers et au premier rang le *Code fédéral suisse* des obligations et le Code civil français sont cités à chaque page et leurs théories rapprochées de celles que consacre le projet. Il en est de même des lois sur des matières spéciales, touchant au domaine des obligations, parues dans ces dernières années dans les principaux pays de l'Europe. Et toutes ces dispositions législatives diverses se fondent harmonieusement dans l'exposé principal dont la base est le projet allemand avec les théories diverses dont il est la consécration. On parle beaucoup de législation comparée, depuis un certain nombre d'années, en France, et il n'y a guère de travaux juridiques où on ne fasse intervenir quelque comparaison avec des législations étrangères. Les thèses de doctorat de nos Facultés de droit entrent surtout de plus

[1] V. les critiques de Bélime, *Philosophie du Droit*, I. p. 526.

Digitized by Google

en plus dans cette voie féconde de la comparaison législative qui prépare peut-être un *jus gentium* européen autrement large que celui des Romains. Il s'en faut cependant que tous ces travaux soient conçus de façon à produire un résultat utile. La plupart se bornent à donner en une sorte d'appendice une maigre analyse des législations étrangères sur la matière traitée. Ainsi entendue la législation comparée ne peut exercer aucune influence sérieuse. Ce qui importe d'abord, c'est de se borner à quelques législations étrangères sans vouloir énumérer les lois de tous les pays connus. C'est le seul moyen de donner sur les législations qu'on cite des indications sérieuses et approfondies. En second lieu il faut utiliser autrement les législations qu'on étudie pour les comparer à celle qu'on expose d'une façon principale. Il ne faut pas les rejeter à la fin, comme une sorte de hors-d'œuvre, d'appendice se suffisant à lui-même. Ce qu'il faut, et ici le livre de M. Saleilles est un modèle à suivre, c'est utiliser les théories dont les législations étrangères renferment la consécration ou le point de départ pour l'exposé et la discussion de la législation principale qu'on étudie. A ces deux conditions la législation comparée peut rendre de grands services et rentrer utilement dans les cadres de l'enseignement de nos Facultés. Sinon elle ne constitue qu'un étalage enfantin d'une érudition facile et inutile.

Et maintenant allons-nous analyser l'ouvrage de M. Saleilles, discuter ou tout au moins exposer les théories qu'il renferme? Ceci dépasserait les limites d'un compte-rendu. Je me borne à dire que les civilistes trouveront dans son livre deux sortes de renseignements d'une utilité immédiate et certaine. D'une part, sur les matières exactement correspondantes de notre droit civil, ils verront les solutions souvent consacrées par le projet. Je leur signale à ce point de vue les solutions adoptées sur la stipulation pour autrui, sur l'attribution des risques, sur les dommages-intérêts, sur la demeure, sur la solidarité, sur le contrat ayant pour objet la chose d'autrui, sur la résolution, etc., etc. D'un autre côté, certaines théories tout à fait nouvelles, inconnues chez nous, nées des besoins nouveaux, de véritables créations de juristes, attireront sans doute leur attention, ainsi que la théorie si importante des fondations, celle du contrat abstrait, pour n'en pas citer d'autres...

Digitized by Google

M. Saleilles a raison de compter qu'il aura ainsi « fourni de nouveaux éléments d'interprétation pour certaines matières de notre Code civil que, sinon pour le texte, du moins pour la conception doctrinale, tout le monde s'accorde à vouloir rajeunir. » J'ajoute qu'il a réussi à exposer ces théories souvent très abstraites, d'une subtilité pénible à suivre dans une langue claire et dans un style d'une trame substantielle, large et bien français. Sans doute de temps en temps la forme germanique se dissimule imparfaitement sous la plume du jeune agrégé de Dijon, mais c'était inévitable, et c'est miracle que ces légères imperfections (qui de l'autre côté du Rhin seront sans doute les parties les plus goûtées du livre) ne soient pas plus nombreuses. Tel qu'il est, l'ouvrage de M. Saleilles est un ouvrage neuf, profondément pensé, remaquablement écrit, et qui fait grand honneur à cette jeune génération de professeurs et d'agrégés dont il il fait partie et où il tient si brillamment sa place.

F. LARNAUDE.

CHOIX DE RÉQUISITOIRES PRONONCÉS A LA COUR D'ASSISES DE LA SEINE,

Par M. L. Sarrut, avocat général, docteur en droit.

Compte rendu par M. Ch. Testoud, professeur à la Faculté de droit de Grenoble.

Les critiques littéraires font assez généralement peu de cas de l'éloquence judiciaire. Un écrivain, appartenant au barreau, s'en plaignait avec quelque amertume, dans un livre récent (M. Munier-Jolain, *Les époques de l'éloquence judiciaire en France*), et il n'hésitait pas à accuser la critique d'ignorance, « de négligence dédaigneuse, de mépris affecté ». La réponse ne s'est pas fait attendre et M. Brunetière a cherché à justifier le jugement un peu sévère de ses contemporains et de ses prédécesseurs. Parmi les nombreuses raisons qu'il allègue, il en est seulement une que nous citerons : « L'une des raisons, dit-il, qui ont le plus contribué à discréditer en France l'éloquence du barreau, ç'a été sa prétention d'être de l'éloquence et l'abus qu'elle a fait pour la soutenir des ornements appelés littéraires : la citation et l'allusion savantes, la métaphore et la périphrase, le grec et le latin, l'ithos et le pathos. Rien aussi, comme l'on sait, n'avait jadis plus retardé les progrès de l'éloquence de la chaire que cette manie

Digitized by Google

d'étaler, cette ambition d'être littéraire et cette fureur même de se faire admirer. » Il y a certainement dans cette appréciation une grande part de vérité. On peut même dire que la vérité n'est pas nouvelle et que Voltaire l'avait exprimée, en termes piquants, bien avant M. Brunetière. Mais cette vérité est-elle toujours une vérité? N'y a-t-il pas eu dans l'éloquence judiciaire une évolution? Les orateurs du ministère public, les avocats n'ont-ils pas su échapper aux traditions de solennité et d'emphase que Voltaire ridiculisait avec tant de verve?

Le choix de réquisitoires dont nous voulons rendre compte est, croyons-nous, un témoignage de cette évolution, un document utile à consulter si l'on veut connaître exactement le ton de l'éloquence du barreau et du ministère public, en cette fin de siècle.

On n'y trouve pas de vaine rhétorique. Les lieux communs traditionnels brillent ici par leur absence. M. Sarrut ne parle pas pour se faire admirer et pour faire admirer ses périodes. Il parle pour prouver et pour convaincre. C'est l'esprit scientifique transporté dans l'éloquence et appliqué aux nécessités de la preuve judiciaire. Des faits et puis encore des faits enchaînés les uns aux autres avec un art de mise en scène sévère, mais habile. Des documents et puis encore des documents assemblés de telle sorte qu'ils s'éclairent les uns les autres.

Que l'on prenne par exemple le premier de ces réquisitoires. Il s'agit de Prado, l'assassin de Marie Aguétant. Un avocat général, il y a un demi-siècle, aurait été, comme celui dont parle quelque part V. Hugo, « violent et fleuri ». Il aurait débuté par quelque exorde solennel sur l'immoralité du siècle, lieu commun bien inutile, car les passions humaines sont de tous les siècles et les crimes de tous les temps. M. Sarrut va droit au but. Qui est l'accusé? On n'en sait rien. « L'information n'a pu déchirer le voile qui couvre son passé. » Tel est l'exorde. *In medias res nos rapit.* Vient ensuite une démonstration nette, vigoureuse, par une série de raisons qui s'avancent en ordre de combat. Enfin, il conclut et sa conclusion a un caractère de franchise libre que l'on n'avait peut-être jamais jusqu'à ce jour rencontré chez un orateur du ministère public. Il requiert la peine de mort; mais sans dissimuler que, comme philosophe, il a des doutes sur la

Digitized by Google

légitimité de cette peine irréparable. Il la requiert parce qu'il représente la société et les lois de la société, et que ces lois subsistent, tant qu'elles n'ont pas été effacées de nos codes. « Puisqu'il n'est pas donné à la nature humaine de posséder la certitude absolue, de posséder la vérité éternelle, la loi, œuvre des hommes, peut-elle décréter la mort, peine irréparable?... Mais la loi commande, obéissons. » (Pages 83-84).

On retrouve la même note originale et vigoureuse, dans les autres réquisitoires, mais plus particulièrement dans le dernier du volume, prononcés contre les journaux, poursuivis pour outrages envers M. le Procureur général Quesnay de Beaurepaire. Le récit est toujours méthodique et clair, marchant au but d'un pas alerte. Chaque épisode s'appuie sur un document. Ce réquisitoire fut un acte de courage. M. Sarrut déclare hautement partager la responsabilité de son chef hiérarchique, dans les poursuites qui avaient provoqué les outrages de la Presse. « Vous pouvez, dit-il résolument à ses adversaires, prendre acte de cette déclaration, vous tous qui vous vantez de dresser déjà des listes de proscription. » Ce n'était pas là un effet de réthorique. Il n'en fut que plus saisissant. M. Sarrut avait trouvé l'éloquence, sans la chercher. On lira encore avec intérêt dans ce même discours une péroraison simple où se révèle pleinement l'honnête homme qui aime la liberté, mais qui tremble pour elle, en voyant le mal qui se fait en son nom.

Ces divers réquisitoires ne soulevaient pas de difficultés juridiques. M. Sarrut n'oublie cependant jamais qu'il est jurisconsulte et, quand cela est nécessaire, il parle de la loi et du droit, avec une énergie et une clarté remarquables. Nous faisons ici allusion aux développements qu'il consacre à la maxime traditionnelle : « La parole est libre; la plume est serve. » (Pages 135-141).

Tel est ce livre. On excusera la longueur de ce compte-rendu. Il est bon d'expliquer les principes du Droit. Il n'est pas mauvais de montrer comment on les défend.

Une raison de sympathie personnelle nous a du reste entraîné. Témoins, il y a dix ans, des débuts de M. Sarrut, dans la magistrature debout, nous n'avons pu résister au plaisir de constater qu'il avait réalisé, en les dépassant, les espérances fondées sur lui.

CH. TESTOUD.

Digitized by Google

LE TRAVAIL DES FEMMES ET DES ENFANTS DANS L'INDUSTRIE. — LA RÉFORME DE LA LOI DU 19 MAI 1874 DEVANT LA CHAMBRE DES DÉPUTÉS,

Par M. Raoul Jay, agrégé à la Faculté de droit de Grenoble.

Compte-rendu par M. Ballerydier, professeur à la Faculté de droit de Grenoble.

L'amélioration du sort des classes laborieuses, qui, à l'heure actuelle, préoccupe tout le monde, ne saurait rester indifférente aux économistes et aux jurisconsultes. C'est à l'un et à l'autre de ces deux titres que M. Jay, à qui nous devons déjà une savante étude sur le travail des enfants dans les manufactures, entreprend l'examen des projets actuellement pendants devant les Chambres sur la protection des femmes et des enfants employés dans l'industrie. La brochure de M. Jay a le mérite rare de tenir plus qu'elle ne promet : elle ne se borne pas, comme son titre pourrait le faire croire, à présenter l'analyse des débats de la Chambre des députés : elle renferme l'historique détaillé de la question; d'intéressants aperçus sur la législation et la pratique des principaux peuples étrangers permettent au lecteur de se faire des idées raisonnées sur le sujet, quelque nouveau qu'il puisse être pour lui.

L'auteur ne dissimule pas ses convictions : il se range résolument du côté des partisans de l'intervention de l'Etat dans les relations entre le travail et le capital. « L'Etat, dit-il (p. 27), est impérieusement obligé d'intervenir toutes les fois que l'individu souffre d'abus graves contre lesquels il est impuissant à se défendre. La protection des faibles contre l'oppression des forts est une de ses plus nécessaires attributions. Or, quel que soit son âge ou son sexe, le travailleur industriel est, vis-à-vis de son patron, un faible... » Est-il nécessaire, après cette citation caractéristique, d'ajouter que M. Jay demande non seulement une réglementation plus sévère du travail des enfants, mais encore l'interdiction du travail de nuit pour les femmes? On sait que, sur ce dernier point, le Sénat, ému par les doléances des industriels vosgiens, a écarté le projet de la Chambre des députés : M. Jay prévoyait et critiquait d'avance cette décision. Nous ne pouvons ici prendre position dans ce débat, qu'on ne saurait aborder en quelques lignes : mais il est impossible de méconnaître que le travail de

Digitized by Google

M. Jay fournit à la solution qu'il préconise des arguments puissants et habilement présentés. L. BALLEYDIER.

DES HAUTES-COURS POLITIQUES EN FRANCE ET A L'ÉTRANGER, ET DE LA MISE EN ACCUSATION DU PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE ET DES MINISTRES. — ÉTUDE DE DROIT CONSTITUTIONNEL ET D'HISTOIRE POLITIQUE,

Par Adolphe-Émile LAIR, ancien conseiller de la Cour d'appel d'Angers. Ouvrage couronné par la Faculté de droit de Paris [1].

Compte-rendu par M. A. DESJARDINS, prof. à la Faculté de droit de Paris.

Un ouvrage sur les Hautes Cours politiques, publié en 1889! Il y a là une coïncidence qui semble faite pour éveiller l'attention, et l'on pourrait, au premier abord, soupçonner la Faculté de droit et son lauréat d'avoir cherché, la première pour son concours, le second pour son livre, un succès dans l'éclat d'un grand procès et dans le retentissement d'un scandale. Ce soupçon sera rejeté par tous ceux qui savent combien la Faculté est prudente et combien l'auteur est sage et consciencieux. Qu'on ne voie donc pas dans le livre une œuvre d'improvisation, où il serait à craindre que le désir de produire vite n'eût fait sacrifier le patient travail nécessaire à un ouvrage scientifique, et que le parti-pris systématique n'eût altéré le respect de l'équité, la liberté de jugement, indispensables à celui qui, après avoir fait l'histoire détaillée d'une institution, est appelé à la juger dans une conclusion définitive. Le livre de M. Lair n'est pas né des circonstances qui se sont produites l'année dernière; il a été, sous l'inspiration de la Faculté de Paris et au vu de son programme, entrepris, terminé, déposé et jugé avant qu'il fût question de réunir pour la première fois le Sénat en haute-cour de justice.

Toute la partie historique de l'ouvrage, et elle est considérable, fournit à l'auteur l'occasion de montrer une érudition, non seulement des plus vastes, mais encore des plus sûres. Il n'est pas facile, en notre siècle, d'écrire l'histoire ancienne; pendant longtemps, on n'a eu qu'à refaire, avec plus ou moins d'étendue, les récits que nos pères avaient appris; le fond de l'histoire politique

[1] Paris, 1889.

Digitized by Google

n'avait guère changé; il y a une manière toute nouvelle d'écrire les annales du passé; on a connu plus de monuments et plus de textes; on les a autrement interprétés; les événements les plus récents, eux-mêmes, éclairent les récits des anciens, en laissant mieux comprendre les ressorts secrets qui font agir les hommes dans certaines circonstances reproduites après des siècles par le cours des événements.

Quelle est la conclusion à laquelle M. Lair est mené par l'expérience des siècles? L'auteur avoue que son travail a produit un changement dans son esprit : « Nous avons commencé cette étude, dit-il [1], dans une pensée hostile à l'institution d'une Haute Cour. Sans avoir à aucun degré cette passion de l'égalité, qui est le mal propre de l'esprit français, nous pensons que l'égalité est surtout à sa place quand il s'agit de justice. Toute notre vie nous avons caressé l'idée d'une justice unique fortement assise au milieu de nos sociétés démocratiques, pour en modérer les abus et en régler le mouvement; imposant à tous, aux grands comme aux petits, aux forts comme aux faibles, aux plus hauts personnages comme aux plus humbles citoyens, l'autorité sommaire et le niveau inflexible de la loi. Nous la terminons dans une pensée différente. L'étude nous a amené à croire que l'institution d'une Haute Cour de justice se justifie par les considérations les plus graves. » Et plus loin : « Donner un grand exemple, affranchir la justice, en l'élevant à sa plus haute puissance, du double péril des passions populaires et des intrigues du pouvoir; telles sont bien les raisons qui militent en faveur d'une juridiction plus élevée pour le jugement des grands personnages et des grands crimes. » Mais quelle sera cette Haute Cour dont M. Lair approuve le principe? Sera-ce une chambre du Parlement? Malgré les autorités qu'il cite et tout en rendant pleine justice à ce que fut la Cour des Pairs sous la monarchie de Juillet, M. Lair soutient très décidément l'opinion contraire : « Nous n'hésitons pas [2], quant à nous, à repousser la juridiction des assemblées politiques, même strictement renfermée dans les limites légales. Sans doute, avec une loi positive, l'arbitraire disparaît, mais la passion reste, et

[1] P. 399.
[2] P. 418.

Digitized by Google

l'histoire nous a appris, par des leçons trop répétées et trop rudes, quels sont, hélas! l'entraînement, l'injustice, les contradictions des partis, de tous les partis. » Assurément, l'unique épreuve qui ait été faite de la juridiction conférée au Sénat par la Constitution de 1875 ne la ferait regretter par aucun bon esprit, si celle-ci disparaissait. Le système qui aurait les préférences de M. Lair serait celui qu'avait adopté la législation du second Empire: « Pour nous [1], la Haute Cour, telle que nous la concevons, n'est que la Cour d'assises ordinaire élevée à son plus haut degré d'autorité et de puissance. »

Le livre de M. Lair est l'œuvre d'un esprit éminent et d'une conscience droite. ALBERT DESJARDINS.

Un concours pour l'agrégation des Facultés de droit, ouvert le 17 mars dernier, s'est terminé le 11 mai.

Ont été admis dans l'ordre suivant :

MM.	CARRÉ DE MALBERG,	docteur de la Faculté de	Paris.
	DESCHAMPS,	—	Paris.
	BARDE,	—	Bordeaux.
	WAHL,	—	Grenoble.
	TISSIER,	—	Paris.
	PIC,	—	Lyon.
	CHAUVEAU,	—	Rennes.

[1] P. 428.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris. — Impr. F. PICHON, 282, rue Saint-Jacques, et 24, rue Soufflot.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

DROIT INTERNATIONAL

(Décisions publiées en 1889.)

Par M. Chausse, professeur à la Faculté de droit de Montpellier.

Acquisition de la nationalité française par le bienfait de la loi.

La loi du 26 juin 1889 a eu surtout pour objet d'attribuer à la naissance sur le sol français des effets plus importants que ceux qui lui étaient reconnus par la législation antérieure, mais en outre elle a modifié d'une manière assez sensible les règles de la naturalisation. Voici notamment deux innovations : 1° l'étranger naturalisé n'a plus la pleine jouissance des droits politiques; l'éligibilité aux assemblées législatives lui est refusée; 2° la naturalisation du père entraîne de plein droit celle de ses enfants mineurs. Ces dispositions s'appliqueront-elles à ceux qui deviendront Français par le bienfait de la loi, par application des art. 9, 10 et 12 du Code civil? On pourrait être tenté de répondre affirmativement; on se prévaudrait de ce que le législateur qualifie de *naturalisation de faveur* (art. 5 de la loi) les cas d'acquisition légale; mais il ne faut pas attacher trop d'importance à ces expressions qui sont évidemment impropres. On ne peut, *a priori*, assimiler le *bienfait de la loi* et le *bienfait du prince*. Dans un cas, il y a droit acquis à réclamer la qualité de Français, une simple manifestation de volonté suffit; dans l'autre, l'acquisition est vraiment une faveur; le gouvernement, lorsqu'il l'accorde, exerce un pouvoir entièrement discrétionnaire.

Examinons séparément les deux questions :

1° Les fils d'étrangers, qui ont opté pour la France, ont-ils le droit d'éligibilité? Nous le croyons. Ils sont assimilés de tous points aux Français d'origine, à partir du jour de leur déclaration. L'art. 3 de la loi ne restreint les effets de l'acquisition de la nationalité française qu'à l'égard de ceux qui sont naturalisés par décret. Au surplus, il serait choquant de traiter ceux qui deviennent Français par simple déclaration, moins bien que ceux

Digitized by Google

qui ne recouvrent leur ancienne qualité que par un décret de réintégration. Or le législateur prend soin de spécifier que ces derniers jouiront de la plénitude des droits politiques. Cette solution ne faisait aucun doute sous l'empire de l'ordonnance du 4 juin 1814 et de la loi du 3 décembre 1849, qui distinguaient, comme la nouvelle loi, la grande et la petite naturalisation.

2° Le fils d'un ci-devant Français réclame la qualité de Français conformément à l'art. 10. Ses enfants mineurs acquerront-ils la nouvelle nationalité de leur père? Cette question est plus délicate que la précédente. L'affirmative semble préférable. Le motif déterminant est qu'on ne saurait raisonnablement attribuer à l'acquisition légale des effets moindres qu'à l'acquisition par décret. En associant les enfants du naturalisé à l'acte de leur père, le législateur s'est préoccupé d'assurer l'unité de législation au sein du foyer domestique; or il y a le même intérêt à éviter les conflits de nationalité qui se produiraient dans la famille de ceux qui deviennent Français par le bienfait de la loi.

Il est probable que lorsque la difficulté leur sera soumise, les tribunaux se prononceront en faveur de cette opinion. Pour l'appuyer, on ne manquera pas d'invoquer un arrêt de la Cour de Douai, rendu sous l'empire de la législation antérieure. Aux termes de l'art. 2 de la loi du 7 février 1851, les enfants du naturalisé pouvaient acquérir la nouvelle nationalité de leur père par simple déclaration intervenue, soit dans l'année de leur majorité, s'ils étaient mineurs, soit dans l'année de la naturalisation de leur père, s'ils étaient majeurs. La Cour a jugé que le même bénéfice pouvait être invoqué par les enfants issus d'un père qui a réclamé la qualité de Français conformément à l'art. 10[1].

— L'ancien texte de cet article avait soulevé une intéressante question : on se demandait si l'enfant né d'une femme française qui avait perdu sa nationalité en se mariant avec un étranger, pouvait réclamer la qualité de Français. Le tribunal de Lille n'avait pas admis cette prétention[2]. L'art. 10 confère, dit-on, une faculté qui est attachée à l'origine française, or la nationalité d'origine se

[1] 16 avril 1889, *Loi* 5 mai 1889.

[2] 29 décembre 1888, *Journal du droit int. privé*, 1889, p. 654.

Digitized by Google

fixe par la filiation, et comme l'enfant légitime suit la condition de son père, il s'ensuit qu'il n'y a pas à s'occuper de l'origine de sa mère. Le législateur a voulu que le changement de patrie réalisé par le père ne pût nuire à l'enfant qui serait né Français si son auteur avait gardé sa condition primitive, mais l'enfant n'a rien perdu du chef de sa mère, car ce n'est pas d'elle qu'il devait recevoir sa nationalité.

Ce jugement a été infirmé par la Cour de Douai, qui a parfaitement établi qu'il ne s'agit nullement de savoir si l'enfant suit la nationalité de son père ou celle de sa mère, cela n'a rien à faire dans la question. Le législateur a voulu faciliter l'accès de la patrie française à ceux qui ont du sang français dans les veines ; or à ce point de vue il n'y a pas lieu de distinguer si l'enfant est issu d'un ci-devant Français, ou d'une ci-devant Française. Dans un cas comme dans l'autre, il se rattache à la France par son origine, ce qui garantit son attachement à notre pays. C'est cette doctrine que s'est appropriée la loi nouvelle.

Loi du 26 juin 1889. — Effet rétroactif.

La loi sur la nationalité n'a pas tranché par des dispositions spéciales les questions transitoires que son application peut faire naître, mais il suffit de recourir aux principes généraux pour les résoudre. Il est de règle que les lois en matière d'état ont un effet rétroactif, sous cette réserve que les droits définitivement acquis, sont à l'abri de tout changement de législation. En conséquence, il faut sans hésiter appliquer le nouvel art. 8 § 3 du Code civil aux individus qui au moment de sa promulgation étaient déjà nés en France d'étrangers nés eux-mêmes sur le territoire ; ils ont perdu le droit de décliner la nationalité française. Mais s'ils ont excipé de leur extranéité dans l'année de leur majorité, conformément à la loi de 1874, ils ne pourront plus se prévaloir de la loi nouvelle pour prétendre qu'ils sont Français. Il serait vraiment singulier qu'un individu après avoir invoqué la loi de 1874 pour échapper au service militaire pût revendiquer après coup la qualité de Français qu'il avait volontairement abdiquée. C'est en ce sens que s'est prononcé le tribunal de Dunkerque [1], mais le

[1] 3 décembre 1889, *La Loi* 12 décembre 1889.

Digitized by Google

jugement énonce en termes beaucoup trop absolus que les lois sur l'état n'ont pas d'effet rétroactif.

L'art. 8 § 3 s'appliquerait-il à des individus qui au moment de la promulgation de la loi seraient entrés dans leur vingt-deuxième année? La question est délicate. Il est préférable de ne pas leur reconnaître un droit acquis à l'option.

Traités d'annexion. — Mineurs.

Les traités de Turin et de Francfort ont fait naître de nombreuses difficultés relativement au droit d'option des incapables et particulièrement des mineurs. On sait que ces conventions subordonnaient la conservation de la nationalité d'origine à une déclaration d'option accompagnée d'émigration dans un délai déterminé. Rien de plus simple que l'application de ces dispositions aux personnes maîtresses de leurs droits, mais comment régler la situation spéciale des mineurs? A quelles conditions pourront-ils conserver leur nationalité primitive? Les traités sont muets sur cette question qui est très controversée tant en doctrine qu'en jurisprudence.

La solution la plus simple, mais aussi la plus rigoureuse, consiste à refuser au minenr tout droit personnel d'option et à lier son sort à celui de ses protecteurs légaux. Dans cette opinion la déclaration d'option faite par le père profite ou nuit à l'enfant. Si au contraire, le père accepte par son silence les conséquences du traité, ses enfants devront également en subir les effets. Cette doctrine est conforme à une théorie plus générale admise en Allemagne et dans d'autres pays où l'on décide que les enfants mineurs suivent nécessairement la nouvelle nationalité du chef de la famille.

Une opinion plus équitable et plus libérale veut que l'on retarde jusqu'au moment de la majorité de l'enfant l'époque où il pourra choisir entre les deux nationalités. Le changement de patrie implique une manifestation de volonté, qui ne peut émaner que de personnes en pleine possession de leur capacité juridique. Cette solution se recommande par d'excellents motifs; elle est conforme à l'esprit de notre loi qui, dans divers textes abrogés par la loi nouvelle sur la nationalité (art. 9 du Code civil,

Digitized by Google

art. 1er de la loi de 1851 modifiée en 1874), suspendait la déclaration d'option jusqu'à l'époque de la majorité de l'enfant. C'est le système qui a été consacré par le traité de 1877 portant cession de l'île de St-Barthélemy par la Suède à la France.

S'il fallait choisir entre ces deux doctrines, c'est la seconde qui devrait, semble-t-il, rallier tous les suffrages; son mérite théorique n'est pas contestable, elle sauvegarde pleinement les droits et les intérêts des mineurs. Malheureusement, elle se heurte à des objections très graves. En l'absence de toute distinction dans les traités, peut-on établir un délai différent pour les majeurs et pour les mineurs. Avec ce système le mineur restera en fait sans patrie pendant un temps assez long; sans doute sa déclaration aura un effet rétroactif, mais qui ne voit que cette rétroactivité aura des inconvénients pratiques très sérieux? Sans compter que le gouvernement cessionnaire ne s'accommodera pas volontiers de cette solution, car il peut redouter à bon droit l'agitation que créerait la prolongation du délai d'option pour les incapables.

Ces considérations ont déterminé bon nombre d'auteurs à donner leurs préférences à une opinion intermédiaire qui ne soulève pas les mêmes critiques et donne satisfaction aux intérêts multiples qui sont en jeu, car elle a l'avantage de ne sacrifier ni les droits des incapables, ni les intérêts de l'État cessionnaire. On accorde aux mineurs le même délai qu'aux majeurs. Ce droit est exercé par eux avec l'assistance de ceux qui sont investis de la puissance paternelle. Si même l'enfant n'est pas susceptible de discernement, on autorise ses représentants légaux à opter pour son compte. La seule objection que l'on puisse faire à cette manière de voir est tirée de ce principe que le changement de patrie est un acte essentiellement personnel qui ne comporte ni représentation, ni assistance; mais cette règle n'est pas à ce point inflexible qu'on ne puisse concevoir que le législateur y déroge dans certains cas déterminés; c'est ainsi que les lois de 1874 et de 1881 autorisaient des déclarations anticipées, c'est-à-dire faites en état de minorité. En matière de cessions de territoire, les raisons ne manquent pas pour écarter l'application du principe. Le changement de nationalité qui est le résultat des démem-

Digitized by Google

brements n'est pas un acte volontaire. L'optant ne veut pas acquérir une nouvelle patrie, mais rester attaché à l'ancienne. Or il est bien permis de traiter différemment les personnes qui de leur plein gré abdiquent leur nationalité d'origine et celles que le plus souvent une conquête a arrachées violemment à leur patrie. Il est conforme aux principes juridiques de se montrer moins exigeant pour la conservation d'un droit que pour son acquisition.

Les trois opinions que nous venons d'exposer peuvent invoquer chacune des décisions de notre jurisprudence. Au sujet des Alsaciens-Lorrains les difficultés ne se sont pas présentées fréquemment. Les plénipotentiaires français et allemands étaient d'accord pour reconnaître aux mineurs, le droit d'opter dans les délais ordinaires avec l'assistance de leurs représentants légaux. Cette entente est constatée par les procès-verbaux des conférences qui ont préparé et précédé la convention additionnelle du 11 décembre 1871. Nos tribunaux ont donc admis la prétention des mineurs qui se prévalaient d'une déclaration faite par eux dans les conditions stipulées par les plénipotentiaires. « Peu importe, dit le tribunal de Gaillac, dans son jugement du 25 juillet 1888 (*Pandectes françaises*, 1888-2-273), que ce droit, résultant d'un accord international, ne soit pas en harmonie avec notre loi civile et encore moins qu'il ait été ultérieurement contesté par le gouvernement allemand. »

Les tribunaux ont eu à se prononcer plus souvent sur la validité des options concernant des mineurs atteints par le traité de Turin. La question est ici plus intéressante parce qu'elle n'a fait l'objet d'aucuns pourparlers entre les négociateurs de la convention. Les Cours d'Aix et de Chambéry ont refusé au mineur tout droit personnel d'option. La Cour d'Aix a maintenu sa jurisprudence par son arrêt du 2 mai 1888 [1].

Dans l'espèce, le mineur avait dans les délais légaux opté pour la nationalité sarde avec l'assistance de sa mère, qui avait précédemment fait une déclaration pour son propre compte. La Cour a déclaré sans effet la déclaration du mineur, et comme il résultait des faits de la cause que la mère n'avait pas effectivement trans-

[1] *Journal du droit international privé*, 1888, p. 467.

Digitized by Google

porté son domicile en Italie, son option fut déclarée irrégulière et la mère et l'enfant sont restés français.

Le tribunal de Nice avait résolu la question différemment, mais pour aboutir au même résultat. D'après les premiers juges, le mineur a un droit propre d'option qu'il exerce dans l'année qui suit sa majorité; tant qu'il est mineur, il ne peut valablement opter, même avec l'assistance de ses protecteurs légaux. La déclaration intervenue n'était donc susceptible de produire aucun effet, il aurait fallu qu'elle fût renouvelée dans l'année de la majorité. On voit que les deux juridictions s'accordent à repousser l'opinion intermédiaire que nous avons défendue.

Admission à domicile. — Effets à l'égard de la femme.

Depuis la loi du 26 juin 1889, l'admission à domicile n'est plus indispensable pour obtenir la naturalisation, qui peut être accordée à l'étranger dont la résidence en France s'est prolongée pendant dix ans, et cependant le lien qui unit ces deux institutions est devenu plus étroit, puisque l'effet de l'autorisation cesse à l'expiration de cinq années si l'étranger n'a pas demandé la naturalisation ou si sa demande a été rejetée. On a considéré avec raison que l'admission à domicile créait une situation anormale, qui ne pouvait sans dangers se prolonger indéfiniment. En effet celui qui a obtenu cette faveur jouit des mêmes droits civils que les nationaux sans en subir les charges.

Puisque l'admission à domicile est le préliminaire de la naturalisation, il est logique de lui appliquer les mêmes règles. On s'est demandé si la femme pouvait se prévaloir du décret d'autorisation obtenu par son mari, et par exemple, si elle était en droit de se prévaloir de son hypothèque légale sur des immeubles situés en France. La Cour de Paris l'a admis sans paraître se préoccuper de la difficulté[1]. Mais sa solution nous paraît bien contestable. On a tort de tirer argument de ce que la femme a le même domicile que son mari. Cela n'a pas trait à la question. A ce compte il suffirait qu'un étranger eût son domicile en France pour y jouir de tous les droits civils. Il est vrai que la jurisprudence se fonde sur l'art. 13, C.C, pour refuser aux étrangers le

[1] 13 août 1889, *Le Droit* 20 octobre 1889.

Digitized by Google

droit d'avoir un domicile légal, mais c'est commettre une confusion regrettable entre le simple domicile et le domicile autorisé.

L'admission à domicile, pas plus que la naturalisation à laquelle elle conduit, ne doit s'étendre virtuellement à la femme. L'enquête administrative qui précède le décret à un caractère individuel; elle ne porte que sur la situation personnelle du postulant. Rien ne s'oppose d'ailleurs à ce que la femme s'associe à la demande de son conjoint; mais il est indispensable qu'elle manifeste personnellement sa volonté. L'art. 13 § 3 confirme cette opinion qui a été exprimée par le rapporteur à la Chambre des députés. En décidant qu'au cas de décès avant la naturalisation, l'autorisation profitera à la femme (et aux enfants mineurs) le législateur a entendu rejeter le principe collectif de l'admission à domicile.

Changement de nationalité pendant l'instance.

Il est généralement admis en jurisprudence que, dans les débats entre étrangers, l'exception d'extranéité doit être invoquée au début de l'instance, mais que le tribunal conserve le droit de se dessaisir d'office en tout état de cause. Acceptons ce point de départ bien qu'il soit très contestable, et demandons-nous si un Français, devenu étranger après l'assignation, peut opposer à la poursuite dont il est l'objet un déclinatoire d'incompétence basé sur sa nouvelle qualité. Nous ne le pensons pas. Le défendeur ayant été régulièrement assigné, la compétence du tribunal reste irrévocablement fixée à son égard, malgré le changement de nationalité survenu à un moment quelconque de la procédure, bien que les juges aient le droit de se dessaisir d'office. Au regard des plaideurs, l'incompétence du tribunal n'est pas d'ordre public puisqu'on accepte que le défendeur étranger n'est plus admis à demander son renvoi, lorsqu'il a négligé de le réclamer *in limine litis*. S'il en est ainsi, notre question ne peut comporter, au cas de changement de nationalité, une solution différente de celle qui prévaut au cas de changement de domicile. Or la Cour de cassation a décidé qu'un tribunal saisi sur ajournement régulier ne doit pas se dessaisir sur le déclinatoire formé par le défendeur

Digitized by Google

qui depuis la demande aurait acquis un domicile nouveau (30 décembre 1884, Dalloz 1885. 1. 421). Nous nous bornons à déduire les conséquences logiques du système général.

La Cour de Paris a accueilli le déclinatoire [1]. C'est, en effet, un principe que nul ne peut être distrait de ses juges naturels; le défendeur est donc fondé à réclamer que le tribunal se dessaisisse d'une affaire qu'il n'a plus qualité pour juger. N'est-ce pas confondre des points de vue qui doivent demeurer distincts? Il est bien entendu que s'il s'agit, comme dans l'espèce, d'une question d'état, les juges doivent faire application du nouveau statut personnel du défendeur, mais on ne voit pas pourquoi le changement de compétence législative entraînerait nécessairement un changement dans la compétence judiciaire. La Cour dit que la solution aurait été différente si le défendeur avait pris des conclusions au fond; mais n'y a-t-il pas là une inconséquence? Si l'exception d'entranéité est d'ordre public, c'est en tout état de cause que la partie pourrait la faire valoir. Dans une espèce analogue le tribunal de Lyon s'était approprié la doctrine de la Cour de Paris, mais sa décision a été réformée par arrêt du 6 mars 1889. La Cour de Lyon a décidé [2] que la naturalisation étrangère acquise au cours d'une instance n'a point pour effet de rendre le tribunal incompétent à raison de l'extranéité nouvelle du défendeur; que tout ce que ce dernier peut obtenir, c'est qu'il lui soit fait application de la loi de sa nouvelle patrie, sur le fond même du procès.

Nous avons supposé que le défendeur avait acquis sans fraude la condition d'étranger. Si le changement de nationalité avait été réalisé dans le dessein de nuire à l'adversaire, on n'en tiendrait aucun compte. La jurisprudence est depuis longtemps fixée dans ce sens. Ainsi, il a été jugé récemment, dans une matière analogue, que la renonciation au bénéfice de l'admission à domicile faite au cours d'une instance ne modifie pas la compétence du tribunal si cet acte a eu pour but d'enlever aux juges la connaissance du litige [3].

[1] 21 février 1889, *Journal du droit international privé*, 1889, p. 303.

[2] *Journal du droit internertional privé*, 1889, p. 456.

[3] Trib. Seine, 11 décembre 1889, même journal, 1889, p. 814.

Digitized by Google

Etablissements de l'Inde. — Effets de la renonciation au statut personnel.

La situation juridique des natifs de nos établissements de l'Inde a suscité dans ces derniers temps des difficultés très sérieuses. La Cour de cassation a été fréquemment appelée à déterminer les droits tant civils que politiques qu'ils peuvent exercer, soit dans le territoire de la colonie, soit au dehors. L'intervention du gouvernement ne s'est guère manifestée et c'est à grand'peine que la jurisprudence est parvenue à résoudre ces problèmes délicats; il serait d'ailleurs téméraire de penser que toutes les incertitudes ont pris fin. Nous allons résumer la théorie que la Cour suprême a consacrée :

1° Au point de vue des droits privés, la position des Hindous est comparable à celle des musulmans algériens; ils conservent le bénéfice des usages et coutumes de leurs castes, à moins qu'ils n'aient renoncé à leur statut personnel. Un décret du 21 septembre 1881 est venu fixer les conditions de cette renonciation qui a pour effet de soumettre l'indigène et toute sa famille aux lois de la métropole. Même avant le décret de 1881, ils avaient toute faculté d'adopter les lois françaises par des actes de leur libre volonté. Parmi les faits impliquant renonciation au statut personnel, la Cour de cassation a rangé le mariage contracté en pays étranger dans les formes prescrites par la loi locale (Cass. civ., 24 juillet 1888; *Droit* du 18 juillet 1888). Dans l'espèce, l'union conjugale avait été célébrée à l'île Maurice, selon les règles de notre droit demeuré en vigueur dans cette colonie, qui est restée française juqu'en 1815. La Cour suprême a pensé que ce mariage avait nécessairement entraîné l'abdication du statut hindou. On n'a pas à se préoccuper de l'impossibilité où se trouvaient les parties d'observer les coutumes de leur pays d'origine; il n'importe davantage que les époux, de retour dans l'Inde, aient repris et pratiqué les rites religieux de leur caste. Cette doctrine est bien rigoureuse, mais elle a du moins l'avantage de couper court à toutes les contestations.

2° Mieux traités que les indigènes musulmans de l'Algérie, les natifs des établissements français de l'Inde jouissent sinon de tous les droits politiques, du moins du droit de vote. Cette situa-

Digitized by Google

tion privilégiée qui s'explique par la fidélité traditionnelle de ces populations à la mère-patrie, leur a été concédée par le gouvernement en 1848 et 1849. On est naturellement porté à croire que, dans le domaine des droits publics, la renonciation au statut personnel n'est d'aucune conséquence. Il en est ainsi en Algérie ; les indigènes de cette colonie ont beau renoncer à leur statut, ils ne jouissent pas pour cela des droits politiques ; ils ne peuvent devenir citoyens français que par la naturalisation. Il semble que, de même, dans l'Inde, l'exercice des droits électoraux devrait être indépendant de la renonciation. C'est, en effet, ce qu'on paraissait avoir reconnu tout d'abord. Mais, dans un but facile à comprendre, la tendance de la jurisprudence a été d'établir une ligne de démarcation de plus en plus tranchée entre les natifs restés fidèles à la loi de Manou, et ceux qui avant ou depuis le décret de 1881 ont accepté d'être régis par le droit de la métropole. On a pensé qu'il était peu raisonnable d'assimiler ces deux catégories d'indigènes. C'est pourquoi, en vue d'encourager les renonciations, on a réduit autant qu'il était possible les droits électoraux des non-renonçants et amélioré la situation des autres.

Plusieurs arrêts de la Cour de cassation et du Conseil d'État ont consacré l'assimilation complète et absolue des renonçants et des Français d'origine. Quant à la situation des non-renonçants, elle est très malaisée à définir. D'abord on ne leur a conféré que le droit de vote. Concevrait-on qu'ils fussent éligibles aux assemblées législatives? Il serait par trop singulier qu'ils fussent appelés à participer à la confection de lois auxquelles ils ne sont pas tenus d'obéir. Mais en outre leurs droits électoraux ont été considérablement réduits. Ainsi un décret du 26 février 1884 a ordonné leur inscription sur des listes électorales distinctes. Pour assurer la prépondérance aux autres éléments de la colonie, leur part de représentation aux conseils élus est moindre que celle des Européens et des renonçants, qui sont cependant moins nombreux.

La Cour de cassation a eu l'occasion d'accentuer encore davantage la différence de traitement applicable aux deux catégories d'Hindous. Un certain nombre d'entre eux ont quitté leur pays

Digitized by Google

et sont allés se fixer en Cochinchine ; ils y ont réclamé leur inscription sur les listes électorales. Fallait-il faire droit à leurs prétentions et les traiter autrement que les indigènes annamites qui eux ne peuvent devenir électeurs qu'à la suite d'une naturalisation? (Décret du 21 mai 1881). La Cour de cassation distingue : les renonçants ont le droit de vote, les non-renonçants en sont privés. Par l'effet de la renonciation les premiers sont devenus citoyens; ils jouissent de tous les droits attachés à cette qualité. Pour eux la renonciation a tous les effets d'une naturalisation. Ils n'ont pas besoin de solliciter un décret comme les Annamites, il suffit qu'ils manifestent leur volonté dans les formes déterminées par le décret du 21 septembre 1881. L'acquisition de la qualité de citoyen par le *bienfait de la loi* ne peut avoir une portée moindre que l'acquisition par le *bienfait du prince*. Si la renonciation vaut naturalisation, la question se trouve par là même résolue, grâce au principe communément accepté en France, que la naturalisation obtenue dans les colonies peut être invoquée partout même dans la métropole [1]. (Rapport de M. Delangle au Sénat au sujet du sénatus-consulte du 14 juillet 1865). Toute autre est la situation des Hindous non-renonçants. Ceux-là ne sont pas vraiment citoyens français. Pour des raisons spéciales, on leur a sans doute conféré le droit de vote dans leur pays d'origine mais ces faveurs cessent d'avoir leur raison d'être lorsqu'ils se transportent au dehors. Electeurs dans l'Inde, ils perdent cette qualité en s'expatriant [1].

La nouvelle loi sur le recrutement de l'armée du 15 juillet 1889, provoquera vraisemblablement de nouvelles difficultés. L'art. 81 astreint les Français et les naturalisés Français, résidant dans les colonies, à un service militaire d'un an dans les corps coloniaux. Ce texte sera, sans nul doute, déclaré applicable aux renonçants, qu'ils résident dans leur pays ou en Cochinchine. Quant aux non-renonçants ils ne manqueront pas de se prévaloir de la doctrine de la Cour de cassation pour se soustraire

[1] Il en est tout autrement en Angleterre. La naturalisation coloniale ne produit d'effets que dans le territoire de la colonie.

[1] Cass. 29 juillet 1889, Dalloz, 1889. 1. 457. V. également Cass. 3 janvier 1888, Dalloz. 1888 1. 81.

Digitized by Google

aux charges militaires. Un tel résultat fait clairement ressortir l'anomalie de la situation qui leur est faite. Il serait temps pour le gouvernement d'intervenir. Il est difficile de maintenir le droit de vote aux non-renonçants, s'ils restent dispensés du service militaire. Ceux-là seuls peuvent exercer des droits électoraux, qui sont soumis aux obligations inhérentes à la qualité de citoyen.

Esclaves. — Droits de succession du patron. — Décret de 1848.

La Cour d'Alger a décidé [1] que le décret du 27 avril 1848, abolissant l'esclavage dans les colonies françaises et notamment en Algérie, avait néanmoins laissé subsister les droits de succession que la loi musulmane reconnaissait à l'ancien maître sur les biens de son affranchi mort sans héritiers directs. Toutefois la Cour n'a admis cette thèse que dans le cas où l'affranchissement est antérieur à la promulgation du décret. S'agit-il d'un esclave affranchi par l'effet même du décret, elle reconnaît que le maître a perdu tous ses droits de patronage. Pour justifier la distinction proposée, on allègue que rien dans le texte ni dans l'esprit du décret d'émancipation n'autorise à penser que l'autorité qui l'a édicté ait voulu supprimer, en même temps que l'esclavage, des droits acquis au moment de sa promulgation. La Cour ne semble pas d'ailleurs bien fixée sur la nature du droit prétendument acquis par le patron. Dans l'un des considérants, il est dit que c'est de plein droit que l'affranchissement avait établi des liens de parenté civile entraînant droit de succession réciproque; un peu plus loin on affirme, au contraire, que les droits de patronage prennent leur source dans un contrat librement consenti, entre l'affranchissant et l'affranchi. La Cour va même jusqu'à accorder au patron ou à ses descendants le droit de recueillir les biens laissés par un descendant de l'affranchi, à la condition toutefois que la conception de ce descendant remonte à une époque antérieure au décret de 1848. L'arrêt ne dit pas sur quelles considérations est basée cette nouvelle distinction.

La même Cour avait précédemment, par décision du 12 octobre 1868, consacré une solution différente que le tribunal de Tunis

(1) 4 mars 1888, *Revue Algérienne et Tunisienne*, 1889, 2. 233.

Digitized by Google

a sagement fait de suivre [1]. Peu importe, dirons-nous, que les droits du patron dérivent d'un contrat ou qu'ils soient un effet direct de la loi musulmane; si les droits du patron sont légaux, la solution n'est pas douteuse un instant; il est de principe, en effet, que la dévolution héréditaire est soumise à l'empire de la loi en vigueur au moment du décès; jusque là il n'y a pas de droits acquis au profit des héritiers présomptifs. Si l'on estime que les droits du patron sont contractuels, nous dirons qu'il est impossible d'invoquer sur le territoire français, ou devant une juridiction française, les effets d'un contrat que notre loi repousse comme contraire à la morale et à l'ordre public.

Testaments reçus par les chanceliers de consulat ou d'ambassade. — Formes à suivre.

Les chanceliers des consulats français peuvent-ils recevoir les testaments de leurs nationaux? La question n'est plus guère discutée. On s'accorde généralement à leur reconnaître ce droit, qui leur était attribué par l'ordonnance de 1681 (art. 24). On a bien soutenu que l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an XII avait implicitement supprimé cette compétence et que seul aujourd'hui l'article 999 du Code civil régissait la forme des testaments à l'étranger; on a dit encore que si le législateur avait eu l'intention de maintenir le pouvoir des chanceliers, il n'aurait pas manqué de faire une réserve à leur profit, comme il l'a fait en matière de mariage (art. 170) et pour les actes de l'état civil (art. 48); mais cette opinion ne peut guère se défendre. D'abord il n'est pas exact de prétendre que le Code a gardé le silence sur les testaments dressés par les chanceliers de consulats. L'article 994 leur donne formellement compétence à cet égard, d'autre part, rien n'établit que le législateur ait voulu dépouiller ces fonctionnaires d'attributions dont ils jouissaient depuis longtemps et qu'ils partageaient avec les officiers étrangers, qui certes ne peuvent nous inspirer plus de confiance que nos propres agents. Enfin, on n'aperçoit pas de bonnes raisons pour distinguer entre le testament et le mariage.

Ce premier point établi, en quelles formes le testament sera-

[1] 21 février 1889, *La Loi* du 14 mars 1889.

Digitized by Google

t-il dressé? L'article 24 de l'ordonnance de 1681 est ainsi conçu : « Les testaments reçus par le chancelier dans l'étendue du consulat, en présence du consul et de deux témoins et signés d'eux, seront réputés solennels. » Il est logique d'admettre que si ce texte est encore en vigueur au point de vue de la compétence des chanceliers, il l'est également quant aux formes à suivre. Il faut accepter l'article 24 en son entier ou le rejeter tout à fait. Dans l'ancien droit, les auteurs et notamment Valin, enseignaient que le droit commun des testaments (ordonnance de 1735) était sans influence sur cette législation exceptionnelle ; il doit en être de même aujourd'hui. Le testament reçu par un chancelier est un des testaments privilégiés; comme eux, il se suffit à lui-même; comme eux, il n'emprunte au droit commun que les règles qui ont une portée générale, et n'ont pas trait à la forme, par exemple la prohibition des testaments conjonctifs (art. 968). On comprend que les règles des testaments publics ne s'appliquent pas ; il serait trop dur de rendre nos nationaux victimes des erreurs ou des omissions commises par des fonctionnaires qui ne sont pas familiarisés avec les prescriptions minutieuses et compliquées des testaments notariés.

Cette doctrine n'a pas trouvé faveur devant les tribunaux. La Cour de cassation estime que le texte laconique de l'art. 24 de l'ordonnance doit être complété par des emprunts faits au droit commun; elle exige concurremment l'application de l'ordonnance et des règles générales qui gouvernent les testaments publics. La présence de deux témoins sera suffisante, sans doute, mais le chancelier devra se conformer à l'art. 972 du Code civil, et par exemple, le testament serait nul s'il ne mentionnait pas que lecture en a été faite en présence des témoins (arrêt du 20 mars 1883, Sirey, 1883-1-241.

Le tribunal de Châteaubriant s'est référé à cette jurisprudence et a annulé un testament qui ne mentionnait pas qu'il avait été écrit par le chancelier [1].

Dans l'espèce la difficulté se compliquait à raison de ce fait que le testament n'avait pas été dressé par un conseiller de consulat, mais par le chancelier de l'ambassade française à Rome et l'on

[1] 9 novembre 1889, *Gazette des Tribunaux*, 31 décembre 1889.

Digitized by Google

soutenait d'abord que ce fonctionnaire n'avait pas reçu qualité à cet effet, et ensuite que fût-il compétent, ce ne sont pas les règles de l'ordonnance qui auraient dû être suivies, mais exclusivement celles des testaments notariés, et cela à raison de la fiction d'exterritorialité, en vertu de laquelle les agents diplomatiques et leur personnnel sont réputés résider en France.

Le tribunal a repoussé ces deux moyens. Le premier vient se heurter à un texte formel. L'ordonnance du 20 août 1833 (art. 4 et 17) a confié aux agents diplomatiques les fonctions consulaires, dans les villes où il n'y a point de consulat; c'est le chancelier de l'agence qui remplit les attributions de chancelier de consulat en présence du chef de la mission. Quant au second moyen qui ne semble pas avoir été produit dans la forme que nous lui avons donnée, il est également dénué de force. L'expression d'*exterritorialité* que l'on employe couramment pour désigner les prérogatives des agents diplomatiques n'est pas heureuse, car elle donne à penser que ces fonctionnaires sont censés n'avoir pas quitté le sol de leur patrie ; or rien n'est plus inexact qu'une telle conception ; il n'est nullement besoin de recourir à cette fiction exorbitante pour justifier les immunités dont ils jouissent. Cependant la Cour de cassation n'a pas craint de l'invoquer. On sait que dans les Echelles du Levant nos consuls ont une situation semblable à celle des agents diplomatiques. Or la la Cour suprême a décidé par arrêt du 4 février 1863 (Sirey 1863-1-201) que les chanceliers en Orient, doivent se conformer pour la rédaction des testaments aux dispositions du Code civil et de la loi du 25 ventôse an XI sur le notariat, sans tenir compte de l'ordonnance de 1681. Nous pensons au contraire que cette ordonnance s'applique dans les pays régis par les capitulations comme dans les États chrétiens.

Fausse monnaie. — Cours légal. — Convention monétaire.

L'art. 132 du Code pénal punit « quiconque aura contrefait ou altéré des monnaies d'or et d'argent ayant cours légal en France. » L'article suivant punit de peines moindres les mêmes crimes relatifs aux monnaies étrangères. On s'est demandé si les pièces frappées par les États de l'Union monétaire dite latine (France,

Digitized by Google

Italie, Belgique Grèce, Suisse), avaient cours légal dans notre pays, si elle etaient complétement assimilées à nos monnaies, et si leur contrefaçon tombait sous l'application de l'art. 132 ou sous le coup de l'art. 133. La Cour de cassation pense que le fait de fabriquer ces monnaies constitue le crime prévu par le second de ces textes. Les conventions conclues en 1865, 1878 et 1885 n'ont pas eu pour but et pour effet de donner cours légal aux monnaies des puissances contractantes; les particuliers ne sont pas obligés de les recevoir en paiement. Les États se sont seulement engagés à les accepter dans leurs caisses publiques. En fait, on s'en sert dans toutes les transactions, parce qu'on est assuré de pouvoir les échanger chez les agents du Trésor, mais aucun texte soit des traités d'union, soit des lois françaises qui les ont ratifiés ne rend leur cours obligatoire entre particuliers; c'est même avec intention qu'on n'a pas voulu leur donner le cours légal. Il est vrai que certains pays de l'Union (Italie, Suisse) sont allés plus loin et ont assimilé les monnaies des autres États aux monnaies nationales; mais en France et en Belgique on s'en est tenu aux dispositions des conventions, qui suffisent à assurer la circulation de ces pièces. La peine édictée par l'art. 132 ne protège donc que la circulation de la monnaie nationale. Il ne faut pas attacher de l'importance à ces expressions un peu équivoques du texte « monnaies ayant cours légal en France »; le projet primitif proposait la formule « monnaies nationales ayant cours ». Ce changement de rédaction s'explique aisément. Le législateur avait à tenir compte d'un décret du 24 janvier 1807 décidant que les monnaies frappées en Italie à l'effigie de Napoléon Ier auraient cours légal en France et seraient entièrement assimilées à nos pièces. Il faut noter que les expressions « monnaies nationales ayant cours » se retrouvent dans l'art. 7 du Code d'instruction criminelle, et dans l'art. 475 n° 11 du Code pénal.

La Cour de cassation avait précédemment déduit les conséquences logiques de la non-assimilation des monnaies de l'Union et des monnaies nationales. D'une part, elle a décidé qu'il ne saurait y avoir de poursuites, pour violation de l'art. 475 § 11, C. P., contre ceux qui refusent de recevoir ces pièces (Cass. 20 dé-

Digitized by Google

cembre 1882, Sirey, 1883. 1. 93), et d'autre part qu'on ne saurait incriminer les faits de contrefaçon sur territoire étranger de monnaies belges, par exemple, parce que l'art. 133 ne punit les contrefaçon des monnaies étrangères que quand elle se produit en France. Le texte, en effet, déroge, sans motifs appréciables, au principe contenu dans l'art. 5 du Code d'inst. crim., qui autorise à poursuivre un Français pour crime commis à l'étranger (Cass. 27 juillet 1883, Sirey, 1885-1-41 ; — Cass. 5 janvier 1884, Sirey, 1885-1-517).

Exécution en France des jugements Alsaciens-Lorrains.

L'article 18 de la convention du 11 décembre 1871 additionnelle au traité de Francfort a rendu applicable à l'Alsace-Lorraine le traité franco-badois conclu le 16 avril 1846.

Les jugements alsaciens-lorrains sont rendus exécutoires en France sans examen du fond pourvu qu'ils aient acquis l'autorité de la chose jugée et qu'ils émanent d'un juge compétent. Le traité a pris soin de déterminer dans son article 2 quels tribunaux sont réputés compétents au regard des autorités du pays où l'exequatur est demandé. On retrouve dans ce texte, à peu de chose près les dispositions de l'article 59 de notre Code de procédure civile. Mais le Code de procédure allemand de 1877 est venu contrarier ces règles en plusieurs points ; de là la difficulté suivante. Un plaideur demande à un tribunal français de rendre exécutoire un jugement rendu en Alsace-Lorraine par des juges compétents d'après le Code allemand, mais incompétents aux termes du traité de 1846. Le tribunal de Toul a refusé l'exequatur, estimant avec raison que la loi allemande n'avait pu abroger le traité [1]. Cela est de toute évidence. Nos tribunaux ne peuvent qu'appliquer la convention tant qu'elle reste en vigueur. Mais si le traité ne reçoit pas application dans l'espèce, le demandeur ne pourra-t-il pas agir conformément au droit commun? La question est controversée. A propos du traité franco-sarde de 1760, la Cour de cassation a jugé que les conventions réglant l'exécution des jugements n'enlèvent pas aux parties le droit de se pré-

[1] 31 octobre 1889, *Droit* 20 nov. 1889. — V. aussi Tal. Seine, 2 mars 1889, *Droit* 21 mars 1889.

Digitized by Google

senter devant les tribunaux de l'un des pays pour y demander l'exécution des jugements rendus dans l'autre, mais qu'alors le demandeur se soumet aux règles ordinaires qui impliquent le droit pour le tribunal de réviser au fond (ch. civ., 5 mars 1888, *Pandectes françaises*, 1888-1-263) [1]. Cette solution n'est rien que moins certaine. En sens contraire, Nîmes, 19 novembre 1886, *Journal du droit intérêt privé* 1889, p. 295 (V. *Revue critique*, année 1887, p. 688).

Si l'on n'admet pas la thèse de la Cour suprême, la partie devra porter à nouveau et complétement son action en France, en renonçant à se prévaloir du jugement rendu à son profit par les juges de son pays; mais si tous les plaideurs sont étrangers, il pourra se faire que le tribunal se déclare incompétent d'office ou que le déclinatoire d'incompétence soit opposé par le défendeur.

Nature de l'instance en exequatur.

Après bien des tâtonnements, la jurisprudence est parvenue a dégager une doctrine assez nette au sujet de la nature de l'instance en exequatur. Le système se résume dans les deux propositions suivantes qui paraissent contradictoires, mais que l'on arrive à concilier. D'une part, le procès a vraiment pour objet de donner force exécutoire à un jugement étranger auquel on ne refuse donc pas toute autorité. D'autre part, cependant, dans ce litige, tous les moyens de fond ou de forme peuvent être plaidés à nouveau. Ainsi les juges, tout en exerçant sur la décision qui leur est déférée un contrôle entier et absolu, se bornent à lui accorder ou à lui refuser l'exequatur, le tribunal ne substitue pas sa sentence à la précédente. Il suit de là, entre autres conséquences, que les parties ne peuvent former des conclusions nouvelles, parce que ces conclusions seraient étrangères au procès qui roule uniquement sur la possibilité de rendre exécutoire le jugement, et que, par conséquent, le tribunal ne peut rien ajouter au dispositif de ce jugement. Il en résulte encore, que la décision à laquelle l'exequatur a été accordé doit sortir en France tous

[1] Dans le même sens, consulter trois jugements du tribunal de Tunis rapporté dans la *Revue Algérienne*, 1889, 2e partie, p. 73, 130 et 135.

Digitized by Google

les effets et rien que les effets qu'elle comporte d'après la loi étrangère, à moins que quelques-unes de ces conséquences ne soient incompatibles avec l'ordre public. C'est ainsi que le jugement étranger revêtu de l'exequatur n'emportera pas hypothèque judiciaire ou exécution provisoire si ces avantages ne lui sont pas attribués dans le pays où il a été rendu; mais par contre il pourra se faire que le jugement ait une force que n'auraient pas les jugements similaires français. Il est d'ailleurs inutile que la sentence d'exequatur rappelle expressément ces effets spéciaux de la décision étrangère, qu'elle les vise par une disposition distincte. Si pourtant le tribunal croit devoir les indiquer, on ne pourra pas soutenir qu'il a ajouté une condamnation nouvelle, il n'a fait que déduire les conséquences de la décision étrangère.

La Cour de Paris[1] a gravement méconnu ces principes dans l'espèce suivante. Un jugement anglais prononçant condamnation contre deux défendeurs fut déclaré exécutoire purement et simplement. A la suite de cet exequatur, le créancier fit commandement à l'un des débiteurs d'avoir à lui payer le montant intégral de la condamnation, avec les intérêts à 4 0/0 l'an à compter de la sentence étrangère. En Angleterre, les jugements entraînent de plein droit la solidarité et font courir les intérêts moratoires. Le défendeur poursuivi fit des offres réelles, ne comprenant que la moitié de la somme, sans intérêts, prétendant que cette partie était seule à sa charge. Le tribunal de la Seine (1re Chambre) déclara ces offres insuffisantes, mais la Cour en admit la validité, par ce motif que le jugement d'exequatur ne portant ni condamnation solidaire ni condamnation aux intérêts, les juges n'avaient pas entendu accepter ces conséquences de la sentence anglaise. Mais cela est inexact, l'attention du tribunal avait été appelée sur tous ces points, et en déclarant le jugement anglais exécutoire purement et simplement, il était évident qu'on n'avait voulu limiter en rien sa portée et ses effets. Cet arrêt de la Cour de Paris a été déféré à la Cour suprême. La 6e Chambre du tribunal de la Seine a maintenu dans une affaire identique, la doctrine que la Cour a repoussée[2].

[1] 7 juin 1889, *Pandectes Françaises*, 1889. 5. 36.
[2] 18 juin 1889, *Loi* du 20 juin 1889.

Digitized by Google

Actes passés à l'étranger. — Effets en France.

Un acte authentique étranger ne semble pas susceptible d'être rendu exécutoire en France, par les moyens en usage à l'égard des jugements étrangers. Aucun texte n'autorise une semblable procédure. L'art. 546 du Code de procédure civile renvoie à l'art. 2128 du Code civil qui se borne à dénier tout effet à la convention d'hypothèque passée en pays étranger. Rigoureusement donc l'acte ne peut être présenté à l'exequatur. Le porteur ne peut que s'adresser à un tribunal pour obtenir un jugement de condamnation, tout comme agirait un créancier muni d'un acte sous-seings privés passé en France. C'est ce jugement qui sera ramené à exécution et non le titre étranger.

La jurisprudence ne partage pas cet avis. Elle estime que la pensée du législateur a été de confondre dans une règle commune les actes authentiques et les jugements étrangers. Cette opinion, si elle n'est pas juridiquement exacte, est sans contredit fort raisonnable et on regrette qu'elle ne puisse s'appuyer sur les textes. Mais les tribunaux vont trop loin lorsqu'ils autorisent à procéder par la voie de l'exequatur, le porteur d'un acte sous seings privés, comme par exemple le créancier qui invoque un contrat d'hypothèque maritime. L'art. 546, Proc. civ., ne vise, en effet, que les actes dressés par des officiers publics.

L'intérêt de la controverse sur le point de savoir si les actes étrangers peuvent comporter la procédure de l'exequatur apparaît à plusieurs points de vue. Si l'on accepte l'assimilation des actes et des jugements étrangers, il faudra saisir les tribunaux civils même en matière commerciale, puisqu'on reconnaît en pratique que les juges consulaires sont sans qualité pour conférée l'exequatur. En outre, la compétence de nos tribunaux ne pourra pas être déclinée, quoique les plaideurs soient tous de nationalité étrangère. Le système contraire conduit à des conclusions toutes différentes. Ce n'est pas tout; est-ce un vrai jugement de condamnation que le demandeur sollicite? ce jugement emportera hypothèque judiciaire; les juges se bornent-ils à rendre le titre exécutoire? ce titre n'aura que la force que lui attribue la loi sous l'empire de laquelle il a été passé,

Digitized by Google

sous cette réserve même, qu'il restera impuissant à créer une hypothèque sur des immeubles français (art. 2128, C. civ.).

Si la jurisprudence accueille facilement les actes étrangers même sous seings privés, en revanche, elle se montre d'une sévérité excessive en refusant au porteur, tant que le titre n'est pas déclaré exécutoire, le droit de se présenter à la distribution du prix de vente d'un objet déjà saisi par d'autres créanciers. La production dans un ordre ou dans une contribution ne devrait pas être considérée comme un acte d'exécution véritable; n'admet-on pas, en effet, qu'un créancier, en vertu d'un acte sous seings privés, peut obtenir sa collocation? En regard de cette jurisprudence attestée par un arrêt de la Cour de Bordeaux du 2 juillet 1888 [1], il convient de signaler un jugement du tribunal civil de la Seine, qui décide qu'un créancier peut produire dans une contribution en vertu d'un jugement étranger non rendu exécutoire [2]. Les motifs de la décision conduisent à appliquer la même solution à un acte étranger. Produire dans une contribution, n'est pas dans la pensée des juges ramener l'acte à exécution. (V. *Revue critique* année 1886, p. 684, sur le point de savoir si on peut pratiquer une saisie-arrêt en vertu d'un jugement étranger non revêtu de la formule exécutoire). CHAUSSE.

LE LIVRET OBLIGATOIRE DES OUVRIERS [3],

Par M. Marc Sauzet, professeur agrégé de la Faculté de droit de Dijon.

III.

RÉVOLUTION DE LA LÉGISLATION DU LIVRET.

Sommaire. — 47. Décadence du livret restauré; enquête de 1868; — 48. Projet d'abrogation de 1869; — 49. Proposition Dautresme, en 1881 : dissentiment entre les deux Chambres; — 50. Retour au droit commun; le système du livret *facultatif;* — Le livret *conventionel;* — 52. Il ne faut pas les confondre; — 53. L'idée du *certificat* émise à la Chambre en 1886; — 54. Le Sénat s'y rallie en 1889; — 55. Droit commun : tout débiteur peut exiger la preuve de sa libération; — 56-57. Le *certificat-quittance;* — 58. Réponse aux adversaires et aux partisans du

[1] *Journal du droit international privé*, 1889, p. 628.

[2] 19 février 1889, *Le Droit* 24 avril 1889.

[3] Voir *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1890, nouvelle série, tome XIX, pages 21, 216 et 345.

Digitized by Google

livret; — 59. Résumé et conclusion. — 60. Texte voté par la Chambre le 11 février 1890.

47. D'autres ont montré, avec tous les développements que comporte le sujet, comment le gouvernement de l'Empire fut conduit à proposer l'abrogation de sa loi 1854 et de l'institution du livret à laquelle il avait attaché tout d'abord un si grand prix [1].

Il ne serait pas inexact de dire que la réglementation minutieuse et policière de la loi du 22 juin 1854 et du décret du 30 avril 1855 ont porté le dernier coup au livret en voulant *trop* le rétablir. M. Marcel Barthe dit excellemment [2] : « La législa« tion qui rend le livret obligatoire a le tort d'être une législation « spéciale, exceptionnelle pour les ouvriers; elle blesse chez « eux un sentiment profond et énergique : celui de l'égalité de« vant la loi. » Sans doute, mais les détails que l'honorable rapporteur ajoute à cette déclaration de principe, prouvent avec évidence que l'impopularité du livret tient moins à cette considération théorique et élevée qu'aux prescriptions de police multipliées sous l'Empire, — soit pour sa délivrance « qui expose « les ouvrières à se trouver en contact avec des femmes per« dues de mœurs et livrées à la prostitution [3]; — soit pour son « exhibition à toute réquisition qui semble par trop un permis « de résidence accordé aux condamnés libérés soumis à la sur« veillance de la haute-police »; — soit enfin et surtout pour les visas, à chaque changement d'atelier [4].

Il y avait là de telles gênes, de telles vexations et tant de contraventions possibles que, d'une part, la tendance à s'y soustraire par tout les détours possibles devait être incessante [5], que, d'autre part la répression était impossible. Nous l'avons dit [6], les parquets, armés de l'action publique par l'art. 11, n'en firent

[1] V. notamment les articles déjà cités de M. Gomel, p. 234-238.

[2] *Rapport précité*, p. 799, col. 1, II.

[3] L'observation était faite déjà, en 1847, dans le rapport Salveton, et la commission de la Chambre des députés proposait, pour y remédier, de faire remettre les livrets, même à Paris, par les maires d'arrondissement.

[4] Cf. ce que nous avons déjà dit déjà n° 3, note 13.

[5] V. ce que dit M Barthe (*ibid.*, p. 799, col. 3), après M. Gomel, sur les moyens d'éluder la loi, notamment sur la facilité avec laquelle les ouvriers se font délivrer des livrets nouveaux.

[6] N° 13.

Digitized by Google

pas un plus long ni plus efficace usage que les patrons eux-mêmes de l'action civile en dommages-intérêts qu'ils tenaient de la loi de l'an XI ; l'une comme l'autre tombèrent en désuétude ; la sanction pénale, si longtemps désirée, si souvent réclamée ne servit à rien.

Suivant les régions, les professions, les habitudes, les mœurs, l'usage du livret se maintint ou disparut : cet arbitraire dans l'application de la loi devait la rendre plus intolérable encore.

Si l'on veut des documents officiels, il suffit de lire les rapports du ministre du commerce, Forcade de la Roquette, et du président de la Commission d'études ouvrières à l'Exposition de 1867, Devinck [7] : « La loi sur les livrets, quoique étant obligatoire pour les patrons comme pour les ouvriers, n'est cependant pas strictement observée. — Lorsqu'un patron n'admet chez lui que les ouvriers munis d'un livret, conformément à la prescription, ces derniers paient 0,25 pour se le procurer et sont tenus de le faire viser par l'autorité, à l'époque où ils entrent dans l'atelier et au moment où ils en sortent. — Ces formalités font perdre du temps à l'ouvrier auquel elles sont imposées, et lui paraissent d'autant plus gênantes qu'elles sont inobservées par d'autres dans un grand nombre de corps d'états. — Mais, en même temps, le livret offre des avantages qu'il ne faut pas perdre de vue, il peut être un certificat utile, particulièrement aux ouvriers nomades, et l'abrogation complète de la loi soulèverait probablement de sérieuses objections. — Il serait plus prudent de modifier diverses dispositions législatives et de rendre le livret *facultatif d'obligatoire qu'il est aujourd'hui.* »

48. Telles furent les raisons qui, sans doute, mieux encore que toute considération juridique, déterminèrent le gouvernement impérial à proposer un projet de loi abrogeant le livret. Malgré l'avis défavorable de la plupart des corps consultés [1], le

[7] *Moniteur* du 31 mars 1868.

[1] D'après M. Gomel (*op. cit.*, p. 236) :
45 chambres de commerce sur 54,
47 chambres consultatives sur 50,
167 tribunaux de commerce sur 183,
88 conseils de prud'hommes sur 95.

Digitized by Google

Conseil d'État l'approuva, le 27 mars 1869 [2]; l'Empereur avait cru devoir, dit le *Journal officiel*, « présider la séance et ré« sumer les considérations qui avaient déterminé » son gouvernement; d'après ce discours, « la suppression des livrets récla« mée *surtout* comme une satisfaction morale, afin d'affranchir « les ouvriers de gênantes formalités, » devait compléter « la série des mesures *qui les placent dans le droit commun* [3] et les relèvent à leurs propres yeux. »

L'art. 1 du projet, présenté au Corps législatif, était ainsi conçu :

Art. 1. — La loi du 22 juin 1854 et toutes les autres dispositions relatives aux livrets d'ouvriers sont et demeurent abrogées.

Le contrat de louage d'ouvrage entre les chefs ou directeurs d'établissements industriels et leurs ouvriers est soumis aux règles du droit commun [4].

[2] *J. Offi.*, 24 mars 1869, p. 403, col. 3.

[3] Ces mesures, d'après le discours, ce sont les lois élaborées déjà par le Conseil d'État et votées par le Corps législatif, « les unes toutes philanthro« piques, comme les lois d'assistance, de secours mutuels et d'assurance en « cas d'accident ou de mort; les autres, autorisant les ouvriers à associer « leurs épargnes, à opposer la solidarité des salaires à la solidarité des ca« pitaux, leur permettant de débattre leurs intérêts dans des réunions, ac« créditant enfin leur parole devant la justice. » (*a*) Aucune allusion n'y est faite aux résultats de l'enquête de 1868, dont nous n'avons trouvé trace au *Moniteur*, non plus qu'au *Journal Officiel* de 1869; nous ignorons donc si des considérations juridiques ont été développées par MM. Jules Simon, Levasseur, Wolowski, Batbie; nous relevons seulement deux citations empruntées à un discours de M. Marcel Barthe (Séance 8 novembre 1883, *Sénat, Déb.*, p. 1270, col. 1) :

M. Barbedienne déclare que « le temps est venu de proclamer *les droits « des ouvriers et des patrons entièrement semblables*. Il nous paraît autant « politique que juste et rationnel (Cf. n° 22, note 5) de dégager l'ouvrier « de toutes les gênes que le législateur a cru utile de lui imposer. »

M. Devinck : « Je disais, tout à l'heure, qu'au point de vue du patron et « de l'ouvrier le livret ne vaut rien. Je vais plus loin, je déclare que je ne « sais pas *où le législateur peut puiser des motifs équitables pour l'imposer*. » M. Lyonnais, dans son discours à la Chambre, les 25 et 27 mai 1886, a fait plusieurs allusions à cette enquête de 1868.

(*a*) Allusion à des textes nombreux : D. 23 mars 1852, sur les commissions administratives des hospices; — D. 26 mars 1852, sur les sociétés de secours mutuels; — L. 28 mai 1853, L. 7 juillet 1856, L. 12 juin et D. 27 juillet 1861, sur la caisse nationale de retraites; — L. 11 juillet 1868, créant deux caisses d'assurance, en cas de décès ou d'accident; — L. 29 juillet 1867, art. 48 à 54, sur les sociétés dites à capital variable; — L. 25 mai 1864, sur le droit de coalition et art. 1, L. 6 juin 1868, sur le droit de réunion, à l'occasion duquel il fut déclaré que les ouvriers en jouiraient en vue de former des coalitions; — L. 2 août 1868, abrogeant l'art. 1781, Code civil.

[4] L'art. 1 ajoute : « Ce contrat peut être constaté par un livret ou carnet

Digitized by Google

Et c'est là que le DROIT reprend sa place et son influence légitimes, nécessaires. — Dès le début (n° 4 *inf.*), nous avons pu citer ce texte comme la preuve la plus évidente que la législation du livret était une législation *civile*, empiétait sur le domaine du Code civil, constituait la négation du droit dans les rapports d'ouvriers à patrons. Le jour où elle disparaît, en effet, — où elle disparaît surtout pour des considérations qui n'ont rien de juridique, — quelle est la conséquence proclamée? C'est que le DROIT COMMUN recouvre son empire sur un contrat, dont il avait été plus ou moins banni jusque-là.

Les événements de 1870 empêchèrent le projet impérial d'aboutir; pendant près de douze ans la question ne fut pas reprise. Elle était mûre, cependant.

49. Quand, en 1881, se produisit la proposition de M. Dautresme, abrogeant « toutes les dispositions relatives aux livrets « d'ouvriers [1], » elle fut adoptée par la Chambre des députés sans discussion.

Transmise au Sénat, elle fut l'objet d'un rapport très détaillé de M. Marcel Barthe [2] qui, après avoir résumé les motifs de la suppression du livret obligatoire, reconnaît que la commission l'a admise *à l'unanimité*.

Ce n'est donc pas sur le principe qu'il y a eu divergence de vues entre le Sénat et la Chambre; il est notable qu'aucun ora-

« *conventionnel*. — Un règlement d'administration publique déterminera « les conditions auxquelles ce livret ou carnet pourra servir de passeport. » Art. 2. — « Toutefois continueront à être exécutées les dispositions de la « L. 18 mars 1806, sur les livrets d'acquit de la fabrique de Lyon, celles « de la L. 22 mars 1841 sur le travail des enfants dans les manufactures, « et celles de la L. 7 mars 1850 sur les livrets de compte pour le tissage « et le bobinage. » (Cf. n° 3, notes 7 et 5, note 2). — Sur ce projet M. Marcel Barthe (Sénat, Doc., juin 1883, p. 792, col. 1, note 1) cite un rapport de M. Gaudin, conseiller d'État, que nous n'avons pas pu consulter.

[1] Article unique voté sur l'urgence le 12 juin 1882 p. 871 : « Sont abro- « gées toutes les dispositions relatives aux livrets d'ouvriers comprises dans « la loi du 22 germinal an XI, — les arrêtés du 9 frimaire an XII et du 10 « ventôse an XII, — la loi du 25 avril 8 et 14 mai 1851; — la loi du 22 juin « 1854 et le décret du 30 avril 1885. — Est aussi abrogé l'art. 12 du décret « du 13 février 1852 sur les obligations des travailleurs aux colonies. » Exposé des motifs. Séance 11 nov. 1881 Ann. n° 57 *Doc.* ch. nov. 1881 p. 1705. Rapports de M. Nadaud. Ch. *Doc.* 1882 p. p. 349 et 1348.

[2] Plusieurs fois cité, Sénat, *Doc.*, juin 1883, p. 791-805 (Ann. 188).

Digitized by Google

teur, dans les deux assemblées, n'a pris la parole pour défendre l'institution, et cependant, aujourd'hui, elle est encore debout.

La discussion s'est élevée tant au Sénat en 1883 qu'à la Chambre en 1886, non pas entre les adversaires du livret obligatoire et ses partisans (il semble qu'il n'en a plus... au moins d'avoués), mais entre les partisans du livret dit *facultatif* (majorité du Sénat en 1883) [3] et ses adversaires (majorité de la Chambre en 1886) [4].

Le conflit se réduit, en effet, à ces termes très simples : abrogera-t-on purement et simplement la législation des livrets, en replaçant les rapports de patrons à ouvriers sous l'empire du droit commun? C'est l'opinion qui l'a emporté à la Chambre en 1882 et en 1886. — Ne vaut-il pas mieux, n'est-il pas plus prudent, en formulant le retour au droit commun, de reconnaître expressément à l'ouvrier la faculté, s'il lui convient, de se faire délivrer un livret? Tel a été l'avis du Sénat en 1883.

50. Tout d'abord il est un point qui n'a soulevé aucune difficulté : non content d'abroger purement et simplement, comme le faisait la proposition initiale, les textes spéciaux sur le livret, le législateur a voulu inscrire expressément dans la loi la conséquence qui en résulte, et la formule a été celle du projet de 1869 :

« Le contrat de louage d'ouvrage entre les chefs d'établissements indus-« triels et leurs ouvriers est soumis aux règles du droit commun. »

Seulement, au lieu d'ajouter, comme en 1869 :

« Ce contrat peut être constaté par un livret ou carnet conventionnel. »

on propose de dire :

« Ce contrat peut être constaté dans les formes qu'il convient aux par-« ties contractantes d'adopter. »

[3] 1re délibération : séance 19, juin 1883.

[4] 1re délibération : séances 25, 27, 31 mai 1886.

Rapport Lagrange, *Doc.* 1886, p. 1170.

Discours : *Deberly*, p. 938.
Laroche-Joubert, p. 941.

Discours : *Lyonnais*, p. 921; 935.
Nadaud, p. 940.
Camélinat, p. 942.
Roulleaux Dugage, p. 942.
Lockroy (ministre du commerce), p. 971.

2e délibération : séance 16 octobre 1886, vote sans discussion de l'article unique énumérant les lois abrogées.

Digitized by Google

C'est assurément là une disposition inutile; c'est un article

POUR LE LIVRET FACULTATIF.	CONTRE LE LIVRET FACULTATIF
Rapport Barthe, *loc. cit.*, p. 800-801. Discours : *Barthe*, p. 711 et s. *Lenoël*, p. 716. Amendement *Dauphinot ibid.* Rapport Suppl. du 26 juin 1883. *Ann.* 272 *Sénat Doc. p.* 846 *inf.*	Discours : *Millaud*, p. 708-711. *Boucher-Cadart*, p. 715. *Tolain*, p. 717.
2e délibération : séances 8, 13, 22 novembre 1883.	
Discours : *Barthe*, p. 1269, 1276, 1379. *G. Denis*, p. 1273. *Kiener*, p. 1302. *Dauphinot*, p. 1378.	Discours : *Hérisson* (ministre du commerce), p. 1275. *Millaud*, p. 1375. *Tolain*, p. 1378, 1379. *Le Bastard*, p. 1381.

d'apparat. Mais, comme il exprime une vérité qui a été longtemps méconnue dans notre législation, comme il est la constatation formelle que la législation industrielle, posant les règles des rapports entre patrons et ouvriers, n'est qu'une branche du droit civil, nous ne pensons pas qu'il puisse soulever de critiques [1].

Ce point acquis, il n'est pas facile de se rendre compte du but *juridique* que poursuivaient les partisans du livret facultatif. — Nous disons but *juridique;* car le but *pratique*, ils l'indiquaient très nettement : le rapport de M. Barthe, les discours précités sont unanimes. Ce qu'on veut, c'est dispenser l'ouvrier de « démarches désagréables », de « recommandations », de « sollicitations humiliantes », pour trouver du travail; — c'est lui donner « une clef qui lui ouvre toutes les portes », en prouvant d'abord l'identité du porteur, avec un caractère d'authenticité qui fait trop souvent défaut à un simple certificat, et aussi son aptitude professionnelle par l'indication des ateliers où il a passé successivement; — c'est, d'un mot, lui assurer un *instru-*

[1] (Sénat, 23 novembre 1883, p. 1378), M. Tolain disait très justement : « ... bien que l'article me paraisse inutile, bien que la disposition qu'il contient ressorte de la simple abrogation de la loi précédente, si l'on veut « maintenir l'article, je n'y vois aucun inconvénient. » Et M. Millaud (*Ibid.*, p. 1376) : « S'il plait à la commission de faire une déclaration de principe; « si elle croit qu'elle *affirme mieux le droit*, en disant que l'ouvrier est « soumis au droit commun, si elle a entendu, par là, annoncer publiquement qu'il n'y aura pas de distinction entre les patrons et les ouvriers,... « soit, j'abonderai dans son sens. » Cf. notre conclusion, n° 59 *inf.*

Digitized by Google

ment de crédit, une marque du degré de confiance industrielle ou même pécuniaire qu'on peut avoir en lui.

Pour atteindre ce résultat, nous examinerons, tout à l'heure, si le droit commun n'offre aucune ressource ; nous essaierons de montrer que d'autres qu'un ouvrier peuvent rechercher *ce crédit* et qu'il y a des moyens usités, pour satisfaire un besoin général..... Mais analysons tout d'abord le système proposé du livret facultatif.

51. La question de preuve du contrat de travail s'est trouvée, à plusieurs reprises, mêlée aux discussions sur le livret facultatif; elle en a, en quelque sorte, obscurci la notion. Le livret *conventionnel* a fait son apparition[1], à côté du livret *facultatif*, et les efforts les plus louables ont été tentés pour les distinguer. De ces efforts résulte l'indication très claire de ce que serait le livret *conventionnel*, en droit, mais quelque confusion sur le caractère *juridique* du livret *facultatif*.

Le livret conventionnel, dont nous avons rencontré l'idée dans les discussions parlementaires de 1846 (n° 5, note 3), — que le projet de 1869 organisait, — qui fut proposé et admis par la commission du Sénat, en 1883, — n'est pas autre chose qu'un procédé de preuve des divers éléments du contrat de travail. « Il « est à désirer, disaient les auteurs du projet de 1869[2], et c'est un « vœu souvent reproduit dans l'enquête, que le livret *se trans-* « *forme en un carnet où puissent être inscrits, non seulement le* « *fait de l'engagement lui-même, mais l'ensemble de ses condi-* « *tions.* » Ce mode de preuve, on jugeait convenable de le recommander aux intéressés, par une disposition expresse; il était, en effet, très recommandable; s'il avait dépendu du législateur de le faire entrer dans les habitudes industrielles, en 1869, le laconisme, tant reproché, de la loi du 2 août 1868, abrogeant l'art. 1781, C. civil, eût été corrigé.

M. Marcel Barthe est très partisan du livret conventionnel : « Incontestablement, disait-il[3], c'est ce qu'il y a de plus élevé,

[1] Discours de M. Burthe, séance 8 novembre 1883, p. 1270, col. 2 (Cf. son rapport, p. 800, col. 2 et le Rapport Suppl. du 26 juin 1883 *p.* 847).

[2] Cités par M. Barthe, *Ibid.*, p. 1270, col. 3.

[3] *Ibid.*, p. 1270-1271.

Digitized by Google

« au point de vue des rapports entre patrons et ouvriers »; et, plus loin, « c'est assurément la forme de livret la plus élevée et « la plus propre à fixer les droits de l'ouvrier et du patron. » Seulement l'orateur, dans le feu de l'improvisation, nous paraît tomber dans une confusion fâcheuse et d'autant plus surprenante dans sa bouche que son rapport semblait s'attacher à la prévenir[4]. — Le livret *conventionnel* cesse d'être un moyen de preuve très perfectionné du contrat de travail, pour devenir ce contrat lui même : « Le livret *conventionnel* ne sera pas autre « chose qu'un contrat de louage d'ouvrage. » — « Le livret con- « ventionnel est une convention synallagmatique entre le patron « et l'ouvrier... » — « Le livret conventionnel est une conven- « tion... » D'où, la conclusion que, lorsqu'il n'y aura pas de livret conventionnel[5], il n'y aura pas de convention, et qu'alors le *livret facultatif interviendra pour combler une si regrettable lacune;* — ainsi intervient le Code civil, quand un bailleur et son locataire n'ont pas réglé, soit la faculté de céder le bail ou de sous-louer, soit la question des réparations, pour suppléer leur volonté[6].

[4] *Loc. cit.*, p. 800, col. 2 : « On objecte que rien ne s'oppose à ce qu'un « patron et un ouvrier fassent, comme toutes les autres personnes qui con- « tractent, une convention écrite : et alors, à quoi bon instituer des livrets « facultatifs ? — La réponse à cette objection est facile à faire. *Il ne faut « pas confondre les livrets facultatifs avec les actes dans lesquels les par- « ties intéressées constatent, comme il leur convient, les conditions du con- « trat de louage...* Le livret facultatif, tel que nous le proposons, est *étran- « ger au contrat de louage,* dont les conditions peuvent varier pour chaque « patron et pour chaque ouvrier, suivant leurs conventions particulières. « Ce livret a une toute autre destination ; il a un double but : celui de ren- « seigner le patron sur l'ouvrier qui s'adresse à lui pour obtenir de l'ouvrage, « et celui de dispenser l'ouvrier de démarches pénibles ou de recommanda- « tons pour entrer dans un atelier. »

[5] Et l'orateur relève très exactement les circonstances dans lesquelles il en sera ainsi. (Discours ci-dessus, p. 1271, col. 1-2).

[6] Nous croyons résumer fidèlement une opinion que nous avons eu quelque peine à saisir et dont voici les conclusions textuelles : « Le livret fa- « cultatif ne fera qu'une chose: il comblera une lacune lorsqu'il n'y aura « pas de convention entre le patron et l'ouvrier;.. quand il y aura un li- « vret conventionnel, une convention déterminée, entre le patron et l'ouvrier, « cette convention aura force de loi et s'exécutera; mais quand il n'y aura « pas de livret conventionnel, c'est-à dire de contrat, les règles tracées par « le législateur en tiendront lieu et seront suivies. » (*Ibid.*, p. 1271 et

Digitized by Google

52. Est-il excessif de dire qu'un pareil rapprochement entre le livret conventionnel et le livret facultatif obscurcit la notion de l'un et de l'autre?

D'une part, en effet, comment laisser croire que le livret, — qui, organisé légalement, doit contenir simplement les nom, prénoms, lieu de naissance [1], profession de l'ouvrier, avec les deux dates de son entrée et de sa sortie dans les ateliers où il a été occupé, — pourra jamais permettre de découvrir les clauses non exprimées d'un contrat de travail, « suppléera à l'absence de convention? »

D'autre part, cette argumentation revient à dire que le livret facultatif sera inutile quand l'ouvrier aura un livret conventionnel : c'est donc qu'on pense que le livret conventionnel servira à l'ouvrier de moyen de se faire connaître. Nous doutons fort, pour notre part, que jamais un livret ou carnet, renfermant les diverses conditions des engagements successifs d'un ouvrier, puisse avoir pour lui cette utilité pratique, qui est, ne l'oublions pas, l'utilité propre, essentielle au livret facultatif. Si, en effet, l'ouvrier change d'atelier c'est, sans doute, qu'il espère trouver des conditions de travail meilleures, et il se gardera alors d'exhiber, avec son carnet conventionnel, la preuve qu'il s'est, jusque-là, contenté de conditions inférieures. Et les patrons eux-mêmes, seraient-ils toujours disposés à confier à ce carnet, destiné à passer sous les yeux de concurrents, le secret des conditions de salaire qu'ils font à tel ou tel ouvrier [2]?

Le livret conventionnel ne peut avoir qu'un but : éviter des débats entre les deux parties au contrat de travail, en leur donnant, sans l'exigence des doubles originaux de l'art. 1325 du Code civil, une preuve des clauses par elles consenties... Ce

1276, col. 1 et 2, séance du 8 novembre, et à la séance du 22, *ibid.*, p. 1380) : « Dans le Code civil, dans presque tous les titres, notamment « au titre du Louage, on trouve des dispositions réglant les droits des « parties en l'absence de conventions. *Le livret facultatif suppléera à l'absence de conventions entre le patron et l'ouvrier : voilà quelle sera son utilité; je la crois incontestable.* »

[1] Amendement de M. Kiener (Séance 13 nov. 1883 p. 1302.)

[2] En 1845, le comte Beugnot, dans son rapport (*Moniteur*, p. 1378, col. 3) signalait déjà cet inconvénient de l'insertion, demandée à cette époque, des clauses et conditions du contrat de travail, dans le le livret obligatoire

Digitized by Google

n'est pas un instrument pratique d'information pour les patrons, auxquels s'offre l'ouvrier nomade.

Le livret facultatif lui, au contraire, n'est pas un moyen de prouver les éléments du contrat de travail ; il contiendra l'énumération des contrats successivement faits par l'ouvrier, non pas leurs conditions.

On comprendrait très bien que leur emploi fut cumulé ; l'un pourra exister sans l'autre; mais nous considérons comme peu probable que le livret conventionnel puisse jamais, pour les intéressés, jouer le rôle de livret facultatif, et comme impossible que le livret facultatif supplée le livret conventionnel [3].

Si nous avons insisté sur cet épisode de la discussion, c'est que nous y avons vu le meilleur moyen de dégager les idées du Sénat, en 1883, sur le système, par lui adopté alors, du livret facultatif [4].

53. Ce système ne l'emporta pas devant la Chambre des députés, en 1886, malgré le rapport de M. Lagrange concluant à son admission. La Chambre repoussa l'art. 2 [1], relatif à la preuve du contrat, que nous venons de reproduire en note, et les articles 3 et 4 [2] organisant le livret facultatif dans les termes suivants :

Art. 3. — Tout ouvrier de l'un et l'autre sexe qui jugera utile à ses intérêts d'être nanti d'un livret, le demandera au maire de la commune de son domicile, qui sera tenu de le lui délivrer.

Ce livret exempt de timbre et d'enregistrement, ne contenant que les nom, prénoms, domicile, lieu de naissance et profession du titulaire, sera paraphé par le maire.

Art. 4. — Tout chef ou directeur d'un établissement industriel ou d'un atelier sera tenu, si l'ouvrier qui aura travaillé chez lui et qui cessera d'y être employé le demande, de constater, soit dans un livret, soit dans un certificat ou carnet, les nom, prénoms, profession et demeure de cet ou-

[3] Il pourrait simplement servir de commencement de preuve par écrit du contrat de travail même (Cf. n° 5).

[4] La mention du livret *conventionnel* avait disparu au cours des débats et on se bornait à formuler un art. 2 ainsi conçu :

« Le contrat de Louage d'ouvrage entre les chefs ou directeurs des établissements industriels et leurs ouvriers est soumis aux règles de droit commun et peut être constaté dans les formes qu'il convient aux parties contractantes d'adopter. »

[1] Discours Bovier-Lapierre, séance 27 mai 1886, p. 943-944.

[2] Séance 31 mai, p. 968.

Digitized by Google

vrier, la date de son entrée dans l'établissement et celle de sa sortie. — Ce livret, certificat ou carnet, exempt de timbre et d'enregistrement, ne contiendra pas d'autre constatation.

Mais, à la fin de la première délibération, l'idée se fait jour d'inscrire dans la loi l'obligation pour le patron de délivrer un *certificat* à l'ouvrier dont il se sépare[3]. L'amendement, présenté en ce sens, retiré par son auteur, ne fut pas reproduit lors de la deuxième délibération[4]; il parut offrir au Sénat un terrain de conciliation.

54. Le rapporteur, M. Barthe[1], tout en exprimant le regret qu'a éprouvé la commission à sacrifier le livret *facultatif*, explique qu'elle a cru pouvoir y substituer le *certificat* et, pour entrer dans les vues du ministre du commerce, M. Pierre Legrand, elle s'attachait à en formuler l'obligation en des termes si larges, si généraux que la disposition nouvelle ne pût pas avoir, même l'apparence d'une règle édictée spécialement pour les rapports d'ouvriers à patrons.

Hommage notable, assurément, au principe de l'égalité devant la loi; mais hommage, peut-être excessif, s'il implique l'idée que le contrat de travail ne saurait avoir ses règles propres. Il est vrai que l'excès, ici, ne nous choque pas : au point de vue spécial du certificat, les rapports d'ouvriers à patrons nous paraissent identiques à ceux de beaucoup d'autres contractants; une formule très compréhensive n'est donc pas exagérée. La voici :

« *Toute personne qui engage ses services* peut, à l'expiration du contrat, « exiger de celui à qui elle les a loués un certificat contenant exclusive- « ment la date de son entrée, celle de sa sortie et l'espèce de travail auquel « elle a été employée. »

[3] Discours Lagrange, *ibid.*, p. 968 et suiv., à l'appui d'un amendement formulé dans l'article additionnel suivant :

« Tout chef ou directeur d'un établissement industriel ou d'un atelier « sera tenu, si l'ouvrier qui aura travaillé chez lui et qui cessera d'y être « employé le demande, de constater *dans un certificat ou un carnet* les « nom, prénoms, profession et demeure de cet ouvrier, la date de son entrée « dans l'établissement et celle de sa sortie. — Ce certificat ou carnet, « exempt de timbre et d'enregistrement, ne contiendra pas d'autre consta- « tation. »

[4] Séance 16 octobre 1886 où le vote de l'article unique abrogeant les lois antérieures, a eu lieu sans discussion.

[1] Sénat, séance 31 janvier 1889, p. 84-87.

Digitized by Google

Le but pratique de ce certificat n'est pas autre que celui du livret facultatif : on se préoccupe toujours d'assurer à l'ouvrier *ses lettres de créance* pour des engagements ultérieurs. Elles seront délivrées par le patron *qui ne pourra pas les refuser;* mais l'autorité municipale n'intervient plus, comme pour la délivrance et le paraphe du livret facultatif.

Le rapporteur nous apprend, en même temps, qu'on avait proposé à la commission, — sans doute par ce besoin de symétrie qui, sous prétexte d'égalité, a, nous l'avons déjà vu [2], inspiré quelquefois notre législateur, — d'inscrire, comme contre-partie au droit pour l'ouvrier d'exiger un certificat, la disposition suivante :

« Tout patron a la faculté de n'admettre dans son établissement que des « employés nantis de documents constatant leurs nom, prénoms, profession « et nationalité. »

La commission a jugé ce texte superflu, car le patron « est « incontestablement maître chez lui. Nul ne peut y entrer sans « son consentement. »

Tel est, certes, notre sentiment; nous dirons même qu'affirmer légalement ce droit pour les patrons eût été paraître accepter la possibilité de sa négation. Mais, dans cette voie, suppression des affirmations dangereuses tant elles sont inutiles, nous croyons que le Sénat eût pu faire un pas de plus et repousser, après le livret facultatif, le certificat.

55. Nous prétendons que le droit commun des contrats impose au patron l'obligation du certificat autant que le fait la disposition votée.

Nous croyons qu'il y a exagération à nier l'utilité, soit pour l'ouvrier en quête de travail [1], soit pour le patron, qui ne peut

[2] N° 39, note 4.

[1] M. Lyonnais, voulant réfuter l'observation de M. Barthe, que le livret fait entrer tout de suite l'ouvrier, l'affranchit de tout essai, dit : « C'est une « erreur, *le livret ne sert à rien.* L'ouvrier arrive : il est pris s'il y a de « l'ouvrage; il n'est pas pris s'il n'y en a pas. — S'il y a de l'ouvrage, « c'est généralement un ami qui fait entrer l'ouvrier, lequel laisse son « livret en entrant. On le voit à l'œuvre et si son travail est bon, on le « garde; sinon on le règle avant la huitaine et il va chercher du travail « ailleurs. C'est ainsi que *cela se passe partout* et non pas de la manière « qu'indique M. Barthe... » Ch. séance 25 mai 1886, p. 924, col. 1. L'affir-

Digitized by Google

pas engager un ouvrier à l'aveugle..., d'une attestation, d'un titre, — certificat ou livret — justifiant de sa profession. Mais, cette utilité admise, nous dirons que, sans aucune prescription légale spéciale, l'ouvrier pourra obtenir ce titre toutes les fois qu'il en aura besoin; et, si la démonstration, très simple au point de vue juridique[2], était admise, nous nous faisons l'illusion de croire que toutes les divergences qui retardent l'abrogation de la législation sur les livrets, s'effaceraient.

M. G. Denis, partisan du livret facultatif, racontait au Sénat[3] qu'un de ses adversaires, discutant la question, lui objectait que, seuls, les ouvriers y étaient assujettis, et avait fini par résumer tous ses arguments en cette simple question : « Mais enfin, vous-« même, pourquoi n'avez-vous pas de livret? — Je répondis « simplement, c'est vrai, je n'ai pas de livret; mais je n'en ai « pas besoin! » On se figure assurément le même dialogue à propos du certificat, et nous nous permettrons de dire que tout le monde peut avoir besoin d'un certificat, attestant ses actes... même un sénateur... La pratique a bien su en imaginer; ce sont les compte-rendus des débats parlementaires, la publicité des scrutins... Ils sont plus ou moins parfaits, ces certificats, mais enfin ils existent.

Renfermons-nous sur le terrain juridique et dans le domaine des conventions : tout contractant qui satisfait à ses obligations peut avoir intérêt à se procurer la preuve de sa libération, c'est-à-dire de sa fidélité à remplir ses engagements. Or, est-il douteux que la partie adverse, en recevant son dû, soit tenue, si le débiteur l'exige, de lui donner une attestation de l'accomplissement de sa promesse?

56. Le point est d'évidence journalière pour les quittances.

mation n'est-elle pas un peu trop absolue? Certaines associations ouvrières ne se servent-elles pas du livret comme instrument de renseignement, pour connaitre l'origine d'un ouvrier — associé prétendu — venant demander du travail? Il est des ateliers (de chapellerie notamment) où le patron n'embauche un ouvrier nouveau, que sur la présentation d'un ouvrier membre de l'association : il nous a été affirmé que, pour l'association, le livret était indispensable comme élément d'information.

[2] Nous verrons qu'on a touché à cette question (M. Lagrange notamment) dans la discussion de la Chambre des députés.

[3] Séance 8 novembre 1883, p. 1273.

Digitized by Google

On imaginerait difficilement qu'un créancier, en touchant le paiement, puisse songer à refuser une quittance, d'autant qu'alors le débiteur a le moyen de contrainte le plus efficace : Donnant, donnant; — je ne paie que si vous signez ma décharge. — Mais si, par distraction, négligence, impossibilité de fait, le paiement avait été effectué au préalable, la situation serait-elle changée? Le créancier en serait-il moins tenu de fournir la quittance?

Eh bien, nous disons que ce qui est vrai des dettes dont l'exécution consiste en un paiement comptant, une prestation unique, est vrai au même degré de toute espèce d'obligations, notamment de l'obligation contractée par l'ouvrier d'accomplir tel travail ou de travailler pendant tant de temps ; quand il a satisfait au contrat et qu'il demande au patron de l'attester par écrit, celui-ci ne peut pas, en droit, s'y refuser. Or, cette attestation, quelle que soit sa formule, comprend, comme indications essentielles, la désignation des deux parties et celle des engagements accomplis; ce sont là précisément les mentions auxquelles se réduit le certificat du projet sénatorial.

Nous entendons bien qu'ici l'ouvrier n'a pas à son service le procédé expéditif de sanction dont nous venons de parler; il ne peut pas dire : je ne m'exécute que si vous signez mon *quitus*. Il a fallu qu'il s'exécutât, qu'il travaillât tout d'abord, et il est exposé à se heurter au mauvais vouloir du patron. Contre ce mauvais vouloir, il y a un remède, celui que le droit commun offre à tout créancier d'une obligation de faire : l'action en dommages-intérêts, si vraiment l'ouvrier a un intérêt à être muni d'un certificat; s'il justifie d'un préjudice quelconque à lui causé par le refus du patron, celui-ci sera condamné à lui payer une indemnité [1]. — Remarquons que le projet du Sénat ne perfectionne pas cette sanction du droit de l'ouvrier à un certificat : il croit

[1] Même sanction si le patron, au lieu de se borner aux constatations pour ainsi dire matérielles qui lui sont demandées insérait des mentions défavorables, de nature à préjudicier à l'ouvrier. (Voy. discours Lagrange, Ch. Séance, 31 mai 1886, p. 970, col. 2). Le *certificat-quittance*, tel que nous le comprenons, n'est pas le certificat de probité et de moralité contre lequel M. Guillouard se prononce avec raison (*Contrat de louage*, II, p. 255, n° 732).

Digitized by Google

devoir proclamer le droit de l'ouvrier, mais il n'y ajoute rien. — Il semble bien que M. Lagrange ait soutenu, devant la Chambre [2], une opinion un peu différente : ce qu'il voudrait, en effet, c'est que le refus du patron de signer le certificat, entraînât *nécessairement* une condamnation contre lui; nécessairement, c'est-à-dire sans que l'ouvrier eût à justifier d'un préjudice. Telle est du moins la conséquence qui se dégage du raisonnement de l'honorable député qui voudrait éviter aux ouvriers, après l'abrogation du livret obligatoire, « une situation aussi défavorable que celle qui est faite aux employés » de commerce par la jurisprudence actuelle; or, comme exemple de cette jurisprudence si défavorable aux employés, M. Lagrange lisait à la tribune un jugement du tribunal de commerce de la Seine repoussant une demande en dommages-intérêts :

« Attendu que le refus opposé par D... (le patron) de délivrer « à R... (le commis) le certificat comme d'usage *ne suffit pas à « lui seul pour* constituer ce dernier débiteur de dommages-« intérêts;

« Qu'il appartenait à R... d'apporter la preuve d'un préjudice « causé; *qu'en l'espèce il n'a justifié d'aucun préjudice.* »

Si l'on veut vraiment atteindre un tel résultat, il faudrait le dire formellement, et l'article additionnel de M. Lagrange (n° 53, note 3) n'est pas assez explicite [3]. Mais, au fond, nous doutons qu'on songe à établir dans notre législation industrielle ce régime de l'*amende arbitraire* contre le patron qui refuse de signer un certificat, amende attribuée à l'ouvrier, et l'enrichissant, puisqu'il y aurait droit même quand il n'aurait subi aucun préjudice. — Les romanistes seuls seraient à leur aise pour expliquer ce phénomène juridique.

[2] Séance 31 mai 1886, p. 969-970.

[3] Depuis que ceci a été écrit, la Chambre a voté un texte nouveau dont l'art. 3 porte : « Toute personne qui engage ses services peut, à l'expira-« tion du contrat, exiger de celui à qui elle les a loués, *sous PEINE de dom-« mages et intérêts*, un certificat contenant exclusivement la date de son « entrée, celle de sa sortie et l'espèce de travail auquel elle a été em-« ployée. » *Séance* 11 *février* 1890 *J. off. Déb. p.* 262 *Col.* 2. Les mots en italique ont été ajoutés au texte du Sénat (n° 60); ont-ils la portée que nous indiquons au texte? La discussion ne permet pas de répondre.

Digitized by Google

Nous concluons donc que l'art. 3 du projet du Sénat n'ajoute rien au droit commun.

57. La thèse que nous indiquons du *certificat-quittance* [1] appelle une autre observation : l'attestation réclamée par l'ouvrier n'a pas le même but qu'une quittance; celle-ci intervient pour mettre le débiteur libéré à l'abri d'une demande réitérée en paiement; or l'ouvrier n'est guère exposé à voir le patron, ou les créanciers de celui-ci, lui réclamer à nouveau le travail déjà fourni; s'il veut une *quittance de ses obligations*, c'est comme pièce justificative, de nature à lui faciliter des engagements de travail ailleurs.... et telle n'est pas la destination ordinaire, normale d'une quittance proprement dite.

Mais qu'importe! L'emploi utile à donner à la constatation d'un fait juridique est variable, échappe souvent aux prévisions du législateur; une quittance ne perd pas sa valeur, parce que le débiteur trouve à s'en servir autrement qu'à l'encontre de son créancier. Peut-on contester que l'ouvrier soit fréquemment lésé, — et lésé d'une lésion qui offre tous les caractères du dommage susceptible en droit d'une réparation pécuniaire, — quand il est dépourvu de tout moyen de justifier de sa profession, de ses antécédents? Assurément non, puisqu'on proclame l'utilité du livret facultatif, du certificat. Donc l'ouvrier a autant de droit à exiger un *certificat* de son patron, que le débiteur, en payant, en a à exiger une quittance.

Bien d'autres contractants que l'ouvrier peuvent avoir intérêt à se procurer la preuve de leur exactitude à tenir leurs engagements; l'article proposé, — nous avons dit sous l'empire de quelles préoccupations, — vise « toute personne qui engage ses services; » la formule est trop étroite encore : hors du contrat

[1] Nous avons retrouvé dans les débats de la Chambre des Pairs, en 1846, et pour le livret obligatoire, l'idée de cette comparaison avec une quittance; le comte Daru (*Moniteur*, 10 février 1846, p. 312, col. 3) présentait le livret comme « un compte-courant entre le maître et l'ouvrier qui ont contracté « des engagements réciproques; c'est une manière de constater la situation « journalière de l'un vis-à-vis de l'autre et l'entière observation de toutes « les clauses du contrat, lorsque les termes de l'engagement sont expirés... « Quand on donne ou reçoit une *quittance*, une décharge à la suite d'une « transaction passée, qui donc se sent atteint dans sa dignité et à qui cela « n'arrive-t-il pas tous les jours? »

Digitized by Google

de louage de services, des situations identiques ou analogues peuvent se rencontrer. Un fermier, un métayer, un locataire peuvent trouver quelque avantage pratique à s'assurer la preuve, soit de la durée des contrats qui les ont liés envers des bailleurs successifs, soit de leur ponctualité à les exécuter. — Sortons du contrat de louage; ne conçoit-on pas le même intérêt chez un mandataire, un dépositaire, un associé, etc.?

A la séance du 22 novembre 1883 [2], M. Barthe exhibait le livret du socialiste, le « livret délivré par le parti à ses adhé- « rents. » C'est là un usage courant dans les sociétés de secours mutuels, les syndicats et toutes associations (n° 55, note 1): signe de ralliement ou moyen d'information, il importe peu; c'est toujours la manifestation du même besoin. — Dans cette même discussion, M. Tolain croyait pouvoir affirmer que « s'il « n'y avait plus de patrons, il n'y aurait plus besoin de livret. » Mais, par cette interruption, l'honorable sénateur ne se proposait pas de dire que la nécessité de se renseigner sur le passé professionnel d'un ouvrier est la conséquence fatale des seuls rapports de patron à ouvrier. Qu'on imagine le système de coopération le plus égalitaire, le moins hiérarchisé; quand un coopérateur s'offrira, il faudra bien savoir à quel travail on peut l'employer; là, non plus, on ne pourra pas « prendre un fileur pour tisser, ni un tisseur pour filer [3]! » Il faudra l'accepter à l'essai, s'il ne justifie pas de son aptitude par une attestation des métiers qu'il a pu exercer jusque-là, au milieu d'autres associés, et que ces associés auront DU lui délivrer.

S'il en est ainsi, dans tous les contrats, si chaque contractant peut avoir, à un moment donné, dans des buts très divers [4], mais qui n'ont rien que de licite, intérêt à se procurer la preuve du

[2] Sénat, *Déb.* p. 1380, col. 3.

[3] Discours Dauphinot, *ibid.*, p. 1378, col. 3.

[4] Il y a des acheteurs qui tiennent à pouvoir justifier de *la maison* où ils se servent et le fournisseur ne fait pas de difficultés de l'attester. — Il y a des vendeurs qui tiennent à faire connaître la qualité de certains clients... de choix; et si l'on peut contester leur droit de s'intituler *fournisseur de M. un tel*, du moins ne pensons-nous pas que leur acheteur puisse se refuser à signer un *certificat de livraison*, que le marchand pourra exposer, à une place apparente, à côté des médailles, diplômes, etc... que sa spécialité lui a valus.

Digitized by Google

contrat fait et par lui exécuté, est-il douteux que son co-contractant soit tenu de lui délivrer cette preuve? Tous nos contrats sont de bonne foi, et la bonne foi ne commande-t-elle pas de reconnaître purement et simplement l'existence et la durée qu'a eues un lien de droit déterminé? N'y aurait-il pas dol à se refuser à la constatation d'un acte juridique licite, qui a fait d'un tiers, pendant un certain temps, notre débiteur?

Nous ne disons pas que l'art. 1382 du Code civil emporte cette solution [5]; c'est du contrat même que dérive cette obligation accessoire, annexe; si elle pèse sur le créancier dans le contrat unilatéral de prêt, *a fortiori*, pèse-t-elle sur chacune des parties dans tout contrat synallagmatique.

Ce principe de droit nous paraît avoir complétement échappé à M. Lagrange, dans son rapport [6], lorsque pour défendre le système du livret facultatif, il nous montre, en l'absence d'un texte exprès « l'ouvrier livré à toutes les fantaisies du patron qui, « non seulement, *si rien ne l'y oblige, pourra refuser à un tra-* « *vailleur une constatation* que celui-ci a, selon nous, le droit « absolu d'exiger, mais pourra ne la lui accorder qu'en l'accom- « pagnant d'appréciations, de considérations désobligeantes qui « pourront, *sans qu'aucune disposition légale y puisse remédier*, « causer à un citoyen un grave préjudice. » (Cf. n° 56, note 1). Il est vrai que, dans un discours postérieur [7], M. Lagrange exprime une opinion diamétralement opposée : « Jamais per- « sonne... n'a songé à contester à qui que ce soit le droit, lors- « qu'il est employé, de réclamer de son patron une constatation « qu'il a travaillé de telle date à telle date, *dans telles condi-* « *tions* (?), en exerçant telle ou telle profession. » Mais nous n'admettons pas, avec l'auteur, que cette solution soit *seulement* la conséquence du livret obligatoire; c'est un effet du droit commun; — nous ne voudrions pas davantage la justifier exclusivement, comme il le fait pour les employés de commerce, non soumis à l'obligation du livret, sur *les usages de la profession*, sur

[5] Voyez discours Millaud, au Sénat, séance 22 novembre 1883, p. 1376, col. 3.

[6] Précité, *Ch. Doc.*, 1886, p. 1170.

[7] Séance 31 mai 1886, p. 969, col. 1.

Digitized by Google

les art. 1159 et 1160 du Code civil; nous craindrions comme lui que « l'usage ne fût, en réalité, que le droit du plus fort ». Ce sont les art. 1134 et 1135 du Code civil qui déterminent notre conviction; c'est le principe que tous les contrats sont de bonne foi, et obligent « à toutes les suites que l'équité », d'abord, avant « l'usage », comporte, — principe qui ne laisse place à l'établissement d'aucun abus par la coutume.

58. De ces observations, sur lesquelles nous devrions nous excuser d'avoir insisté, tant elles nous semblent toucher à l'évidence (mais ce sont des documents parlementaires qui les ont provoquées), — nous conclurons à la fois, et contre les partisans d'un texte exprès, d'un article spécial, édictant le *certificat*, — et contre ses adversaires.

A ces derniers, nous dirons : pourquoi récriminer contre un texte qui ne fait que formuler expressément une règle de droit commun? Pourquoi, surtout, affirmer que, sous le couvert du certificat on revient au livret facultatif[1], qui ne serait lui-même que le livret obligatoire déguisé?

M. Tolain[2] a très heureusement montré ce que serait « le « régime de la liberté absolue, » en matière de livrets : sous ce régime, les patrons qui resteront partisans du livret, auront « un « moyen très simple d'obtenir ce résultat; c'est de dire à l'ou- « vrier qui vient leur demander du travail : avez-vous un livret? « Je ne veux occuper que les ouvriers qui en ont. — L'ouvrier « sera, par conséquent, dans la nécessité ou de s'adresser à un « autre patron, ou de fournir à celui-là, sous une forme quel- « conque, certificat, carnet ou livret, les renseignements qui lui « sont demandés. » Tel est le droit des patrons, droit inviolable et qu'il n'est pas nécessaire de consacrer par une disposition expresse[3]. S'il en est ainsi, s'il doit en être toujours ainsi, l'ou-

[1] M. Lyonnais, *Ch*, 31 mai 1886, p. 970, col. 3.

[2] Sénat, séance 22 novembre 1883, p. 1379, col. 2.

[3] Cf. n° 54, *in fine*, M. Lagrange disait de même dans son rapport : « Est- « ce que quelqu'un veut interdire à l'ouvrier ou *au patron* la faculté de « réclamer la constatation d'un fait professionnel, à savoir, la durée de la « présence de l'ouvrier dans un atelier et la spécialité qu'il y a exercée? » Passage qui nous semble difficilement conciliable avec celui que nous avons reproduit au texte n° précédent, note 6).

Digitized by Google

vrier est intéressé à pouvoir se procurer de ses patrons successifs l'attestation de son emploi professionnel et de la durée de cet emploi dans leurs ateliers. Cet intérêt, le droit commun ne le laisse pas en souffrance, — le droit commun des contrats lui donne satisfaction par la sanction des dommages-intérêts ; d'où ne résulte pas que, sous le régime de la liberté absolue, le certificat soit un retour au livret obligatoire ; telle n'est donc pas davantage la conséquence du texte proposé, qui n'ajoute rien au droit commun, — inutile soit, dangereux, non pas !

Aux partisans de l'article additionnel, proposé par M. Lagrange à la Chambre, voté par le Sénat, nous demanderons : que voulez-vous ? Une disposition « s'appliquant à tout le monde, » permettant « à l'homme qui a travaillé chez autrui, qui a l'honneur « d'exercer avec exactitude et application une profession hum- « ble, modeste ou élevée, quand il sort de chez la personne à « laquelle il a donné ses services, — d'emporter avec lui la « constatation de ces services [4] ? » — Pourquoi ignorer ou supposer que le droit commun ne donne pas satisfaction à ce désir, à cet intérêt légitime ? Vous écrivez un texte qui n'est qu'une application de ce droit commun ; reconnaissez-le, au moins, et pour le défendre, n'alléguez pas, qu'en son absence, l'ouvrier serait désarmé.

Voilà pourquoi nous avons pu écrire dès le début de cette étude (nº 2) que le dissentiment entre les deux Chambres nous paraissait se réduire à une simple question, assez vaine, de rédaction.

59. En résumé, nous ne voyons, dans la formule pour laquelle le Sénat semble avoir des préférences, que la proclamation de principes incontestables, du moment où le livret obligatoire est supprimé et tous les textes qui le concernent abrogés. Nous ne pouvons faire d'exception que pour les exemptions édictées de tout impôt de timbre et d'enregistrement, soit dans l'art. 2 pour les contrats écrits de travail, soit dans l'art. 3 pour les certificats ; si on veut inaugurer un privilège fiscal de ce genre, au profit des parties, il est indispensable de le dire : l'affirmation n'est pas inutile.

[4] Discours Lenoël, Sénat, séance 31 janvier 1889, p. 87.

Digitized by Google

Mais les déclarations :

1° Que « le contrat de louage d'ouvrage entre les chefs ou di-« recteurs des établissements industriels et leurs ouvriers est « soumis aux règles du droit commun » (art. 2);

2° Que ce contrat « peut être constaté dans les formes qu'il « convient aux parties contractantes d'adopter » (art. 2);

3° Que « toute personne qui engage ses services peut, à l'ex-« piration du contrat, exiger... un *certificat* » (art. 3).

Ces déclarations ne sont, toutes les trois également, que le rappel du droit commun, dans les rapports de patron à ouvrier.

Est-il utile, est-il politique de le proclamer, alors que le livret en a été, depuis l'an XI, la négation, alors que les idées d'égalité devant la loi ont été, pendant quatre-vingt-dix ans, comme oblitérées, par le réveil, sous le Consulat, de l'esprit de réglementation de notre ancienne organisation industrielle ?

On peut le penser, mais il faudrait dire bien haut que tel est le but unique de ces deux textes, et toutes les objections s'écrouleraient aussitôt.

60. Nous nous contenterons, avec quelques notes, de reproduire, en regard du projet du Sénat, déjà cité (n° 1), les trois articles votés par la Chambre, depuis que cette étude a été écrite.

PROJET DU SÉNAT. 7 février 1889.	PROJET DE LA CHAMBRE. 11 février 1890.
Art. 1. Sont abrogées :	Art. 1.
La loi du 22 juin 1854.	*Idem.*
Le décret du 30 avril 1855.	
La loi du 14 mai 1851.	
. . . . .	Les dispositions de la loi du 18 mars 1806 sur les livrets d'acquit de la fabrique de Lyon.
. . . . .	
. . . . . [1]	Celles de la loi du 7 mars 1850 sur les livrets de compte pour le tissage et le bobinage.
. . . . .	
. . . . .	

[1] Cette addition avec textes abrogés des lois de 1806 et de 1850 nous paraît être le résultat d'une confusion fâcheuse : les livrets de compte de la loi de 1850 (n° 5, note 2) pas plus que les livrets d'acquit de la fabrique de Lyon ne sauraient être assimilés aux livrets d'ouvriers proprement dits, issus de la loi de Germinal. Ils en diffèrent par leur but, comme par leurs origines; à aucun degré ils n'ont ce caractère de moyen d'investigation

Digitized by Google

L'art. 12 du décret du 13 février 1852 sur les obligations des travailleurs aux colonies, et toutes autres dispositions des lois ou décrets relatifs aux livrets d'ouvriers.	*Idem.*
Néanmoins continueront à être exécutées les dispositions,	
De la loi du 18 mars 1806 sur les livrets d'acquit de la fabrique de Lyon;	*Ces deux alinéas disparaissent.*
Celles de la loi du 7 mars 1850 sur les livrets de compte pour le tissage et le bobinage.	
De l'art. 10 de la loi du 19 mai 1874, relatif aux livrets des enfants et des filles mineures employés dans l'industrie, lequel sera applicable aux enfants et aux filles mineures employés comme apprentis ou autrement.	*Idem.*
Art. 2. Le livret obligatoire est supprimé.	Art. 2. *Cet alinéa disparaît* [2].

policière qui a tant contribué à la ruine du livret. — Soit, dans la discussion de la Chambre, malheureusement écourtée par une déclaration d'urgence, M. Lechevallier a paru se rendre compte de la portée de la loi de 1850; mais ses critiques devraient conduire à compléter, à perfectionner cette loi, non à l'abroger. La question ne saurait manquer d'être discutée, sur ce point, au Sénat, comme elle le sera indubitablement à propos de la loi de 1806.

[2] Il semble résulter des observations du rapporteur, M. Lagrange (*Ch. Déb.* 1890, *p.* 258, *col.* 2.) et de M. Guillaumou (*p.* 261-262) que cette suppression expresse du *livret obligatoire* impliquait reconnaissance du *livret facultatif*. A l'abrogation des lois sur le livret, le Sénat, dit M. Lagrange « a ajouté au texte qui, *aux yeux de ceux qui ont étudié la question*, « SEMBLE avoir pour conséquence de retirer d'une main ce qui est donné « de l'autre, c'est-à-dire de remplacer le livret obligatoire par ce qu'on a « appelé à un moment le livret facultatif. » — Et M. Guillaumon : « que dit « le projet adopté par le Sénat? — *Art.* 1, les livrets d'ouvriers sont sup- « primés... — *Art.* 2, Il est facultatif. — Ce qui revient à dire d'une façon « nette, claire et précise que l'art. 1er supprime le livret, mais que le second « le restitue. » (Cf. n° 58, note 1.) Nous avouons qu'une telle interprétation de la simple formule, *le livret obligatoire est supprimé*, ne nous était même pas venue à l'esprit, et nous croyons que les débats du Sénat, l'abandon du système du livret facultatif pour celui du certificat, en sont la réfutation la plus péremptoire. C'est bien là, au reste, qu'il est vrai de dire... querelle de mots, question assez vaine de rédaction (n° 58 *in-f.*).

Digitized by Google

Le contrat de louage d'ouvrage entre les chefs ou directeurs des établissements industriels et leurs ouvriers est soumis aux règles du droit commun et peut être constaté dans la forme qu'il convient aux parties contractantes d'adopter. — Cette matière de contrat est exempte de timbre et d'enregistrement.	*Idem.*
Art. 3. Toute personne qui engage ses services peut, à l'expiration du contrat exiger de celui à qui elle les a loués.	Art. 3. *Idem.* Sous peine de dommages et intérêts [3].
un certificat contenant exclusivement la date de son entrée, celle de sa sortie et l'espèce de travail auquel elle a été employée. — Ce certificat est exempt de timbre et d'enregistrement.	*Idem.*

MARC SAUZET.

DE L'IMPRESCRIPTIBILITÉ DES BIENS DES COMMUNES PAR RAPPORT A LEURS MAIRES,

Par M. Henri PASCAUD, conseiller à la Cour d'appel de Chambéry.

L'article 2227 du Code civil dispose que l'Etat, les établissements publics et les communes sont soumis aux mêmes prescriptions que les particuliers et peuvent également les opposer. Cette règle, dans sa généralité, doit-elle avoir pour conséquence de permettre au maire de prescrire contre sa commune? La question a une portée pratique qu'on ne saurait méconnaître et sa solution est d'un intérêt considérable pour l'administration du patrimoine communal.

Si l'on s'en tenait exclusivement à la disposition précitée, on devrait sans contredit décider que les maires comme tous autres ont le droit de prescrire contre les communes. Mais l'art. 2227 du Code civil ne doit pas être interprété isolément et pour en bien apprécier l'étendue, il est nécessaire de le combiner avec d'autres textes qui régissent la prescription. Si en principe la faculté de prescrire contre toutes personnes et pour toutes espèces de biens est le droit commun (art. 2251), il est des excep-

[3] Cf. n° 56, note 3.

Digitized by Google

tions que prévoit l'art. 2257 du Code civil. Cette dernière disposition édicte expressément que la prescription ne court pas à l'égard soit d'une créance qui dépend d'une condition jusqu'à l'evénement de cette condition, soit d'une créance à jour fixe jusqu'à ce que ce jour soit arrivé, soit enfin d'une action en garantie jusqu'à ce que l'éviction ait eu lieu. Les motifs qui ont inspiré le législateur sont faciles à apprécier : il serait inique de frapper d'une déchéance celui dont les droits ne sont pas encore nés et qui, par suite, se trouve dans l'impossibilité d'agir en justice pour leur défense. Mais cette impossibilité d'agir, qui a fait établir la suspension de la prescription dans les trois cas ci-dessus relatés, ne se présente-t-elle pas dans d'autres circonstances qui ne sont pas spécifiées dans l'art. 2257 et où les mêmes raisons s'opposent à ce que l'intéressé fasse valoir ses droits? Il est incontestable qu'en bien des cas des obstacles divers provenant soit de la loi, soit de la convention des parties peuvent paralyser une action interruptive. Ne serait-il pas profondément injuste en pareille occurrence de laisser prescrire sans contradiction possible celui à l'encontre duquel une demande en justice serait irrecevable?

La jurisprudence s'est prononcée pour l'affirmative. Faisant application du vieux brocard : *Contra non valentem agere non currit præscriptio*, elle a décidé que les dispositions de l'art. 2257 du Code civil n'étaient pas limitatives et qu'on devait appliquer le principe de la suspension de la prescription à toutes les hypothèses où l'intéressé n'avait pas eu la possibilité juridique d'agir (V. notamment cass. 10 décembre 1855, D. P. 1856. 1. 304; Cass. 28 juin 1870, D. P. 1870. 1. 309; Troplong, *Prescription*, nos 594, 724 et 725; Dalloz, *Prescription civile*, nos 809 et suivants).

Ceci étant démontré, il y a lieu de rechercher si la commune à l'encontre de laquelle le maire se livre à des actes de possession de nature à lui faire acquérir la prescription peut utilement défendre ses droits en justice. Au premier abord, la situation paraît éminemment favorable à celle-ci. Le maire, administrateur du patrimoine communal, a de par la loi le mandat de le gérer et de l'exploiter, de prendre toutes les mesures nécessaires

Digitized by Google

pour sa conservation, d'intenter toutes actions judiciaires pour réprimer les voies de fait et les empiètements dont il pourrait être l'objet. Responsable de son administration, il devrait à la rigueur non seulement combattre toutes les prétentions hostiles émanant des tiers, mais encore signaler celles-là mêmes dont il veut se prévaloir. Mais ne serait-ce pas trop demander à la conscience humaine que de la soumettre à d'aussi rigoureuses exigences? Placé entre son intérêt privé et l'intérêt public de la commune qu'il administre, le maire n'aura bien souvent que trop de propension à garder le silence; il accomplira sans bruit les actes au moyen desquels la prescription se réalisera à son profit, et la commune, dépouillée de ses biens, deviendra impuissante à revendiquer ses droits les plus légitimes. Dans ces conditions, ne sera-elle pas victime des obstacles que la loi elle-même par la détermination du mandat du maire crée à l'exercice de son action, ne se trouvera-t-elle pas dans cette impossibilité d'agir qui peut motiver à son profit, comme nous l'avons dit plus haut, la suspension de la prescription?

Cette doctrine, habilement présentée dans une consultation de MM. Malpel, Delpech et Benech, professeurs à la Faculté de droit de Toulouse, en 1841, a été ensuite adoptée par un arrêt de la Cour d'appel d'Aix en date du 24 novembre de la même année (D. P. 1842. 2. 119). Il nous paraît intéressant de reproduire une partie du travail de ces savants jurisconsultes :

« C'est, disent-ils, un principe de droit commun en cette matière que l'on ne peut prescrire contre celui à l'administration duquel on a été préposé. Il impliquerait que celui-là même qui est chargé de la défense d'un mineur ou de tout autre incapable eût le moyen d'acquérir des droits contre lui. Voilà pourquoi, aux termes de l'article 450 du Code civil, le tuteur ne peut ni acheter les biens du mineur, ni accepter la cession d'aucun autre droit ni créance contre son pupille. C'est encore par ces motifs que, d'après l'article 1596 du même Code, les administrateurs ne peuvent se rendre adjudicataires des biens des communes ou des établissements publics confiés à leurs soins. La loi a sagement prévu le résultat de l'influence que les administrateurs pourraient exercer au préjudice de leurs administrés, et si les pre-

Digitized by Google

miers sont incapables de rien acquérir des seconds, ils ne peuvent, à plus forte raison, prescrire contre eux. Comment concevoir, en effet, qu'ils pourraient réaliser par la prescription qui n'est que l'équipollent du titre, ce qui leur est même refusé en payant le prix de leur acquisition?

« Ainsi, il serait contraire à toutes les idées reçues, on doit même dire immoral, que le tuteur pût prescrire contre son pupille, le mari contre sa femme, l'administrateur contre celui dont il gère les affaires. Merlin, dans son *Rép.*, 5e édition, t. 12, p. 767, vo *Prescription*, section 1re, § 8, rapporte plusieurs arrêts du parlement de Toulouse qui ont consacré ce point de doctrine, que la prescription ne peut jamais courir au profit du tuteur contre le mineur, de l'administrateur ou du procureur *ad negotia*, contre le maître, pendant l'administration. Ces principes sont entièrement applicables à l'espèce actuelle, et les règles de l'analogie amènent à conclure que le maire d'une commune qui, par la nature de ses fonctions, est, par rapport aux habitants, ce que le tuteur est à son pupille, et ce que le *negotiorum gestor* est à son maître, ne peut, pendant la durée de son administration, prescrire contre la commune qu'il administre. Sans doute, d'après l'article 2227 du Code civil, les communes sont soumises aux mêmes prescriptions que les particuliers; mais ces prescriptions ne doivent s'entendre que des prescriptions opposées par des tiers, autres que ceux qui sont chargés de les défendre, des prescriptions qu'elles ont pu empêcher et non pas de celles contre lesquelles il leur a été impossible de protester, d'après la maxime : *Contra non valentem agere non currit præscriptio.* »

Au point de vue juridique, cette assimilation des communes à des mineurs et de leurs maires à des tuteurs ne laisse pas d'être douteuse. S'il est vrai que dans notre législation, la commune est réputée être en état de minorité pour l'accomplissement de certains actes de la vie municipale qu'elle ne peut exécuter sans l'autorisation du pouvoir central, si, à cet égard, elle est placée sous la haute tutelle de l'État, cela n'est exact que sous le rapport administratif. La commune en droit civil, spécialement en ce qui touche la prescription, n'est pas une mineure; le Code l'a très formellement soumise aux mêmes prescriptions que les par-

Digitized by Google

ticuliers (art. 2227, C. civ.). Comment pourrait-on assimiler le maire à un tuteur? Vis-à-vis de ce dernier, le pupille, à raison de son âge, des liens de parenté et d'affection qui presque toujours les unissent tous les deux, est sans initiative et sans indépendance; vis-à-vis, du maire, au contraire, la commune se trouve dans une situation toute différente, puisqu'elle a un conseil municipal chargé de veiller à ses intérêts et de contrôler la gestion de celui à qui incombe l'administration communale.

Est-il du moins admissible que la commune ne puisse agir contre son maire? Cela pourra se produire assurément si le maire, abusant de ses fonctions au bénéfice de ses intérêts personnels, emploie le dol et des manœuvres blâmables pour dissimuler les agissements auxquels il se livre à l'encontre de sa commune. En dehors de ce cas exceptionnel, il n'apparaît pas que les communes soient dans l'impossibilité d'exercer une action en justice contre leurs maires. Il suffit, pour s'en convaincre, de se reporter à notre législation municipale. Sous l'empire de la loi du 18 juillet 1837, l'adjoint ou le premier adjoint, s'il y en avait plusieurs, remplaçait de plein droit par suite d'une sorte de délégation légale le maire empêché de remplir ses fonctions. Or, le fait de se trouver en opposition d'intérêts avec sa propre commune constituait bien un empêchement de nature à paralyser entre les mains du maire l'accomplissement de la mission qui lui est dévolue d'intenter toutes actions judiciaires au profit de l'association communale. L'adjoint ou le premier adjoint avait donc incontestablement qualité pour agir en son lieu et place. D'ailleurs, l'article 49 de la loi précitée contenait une disposition spéciale propre à remédier à l'inertie ou à la connivence bien improbable de l'adjoint. Tout contribuable inscrit au rôle de la commune avait le droit d'exercer, à ses frais et risques, avec l'autorisation du conseil de préfecture, les actions qu'il croyait appartenir à la commune et qu'appelée à en délibérer spécialement elle aurait refusé ou négligé d'intenter. Il était seulement obligé de la mettre en cause pour que la décision à intervenir pût produire ses effets en ce qui la concernait. La nouvelle loi municipale du 5 avril 1884 ne s'est pas bornée à conférer aux contribuables la même faculté (article 123); elle a

Digitized by Google

cru devoir armer le conseil municipal d'un droit nouveau plus net et plus efficace. Son article 83 dispose, en effet, que « dans les cas où les intérêts du maire se trouvent en opposition avec ceux de la commune, le conseil municipal désigne un autre de ses membres pour représenter la commune, soit en justice, soit dans les contrats .»

Ainsi, il est constant que ni dans le passé, ni dans la période actuelle, les communes n'ont été et ne sont dans l'impossibilité juridique d'agir contre leurs maires. Par conséquent, il n'y a pas lieu d'admettre à leur profit une suspension de la prescription qui serait sans base légale. La Cour d'appel d'Aix a donc adopté une solution contraire à tous les principes, lorsqu'elle a dit dans l'arrêt précité de 1842 en parlant du maire : « Que sa qualité de maire, l'autorité dont elle l'investissait, l'influence qu'elle lui donnait sur la composition et les délibérations du conseil municipal, frappaient la commune d'une sorte d'incapacité d'agir contre lui. »

Mais si le cours de la prescription ne doit pas être suspendu en faveur des communes, il ne s'ensuit pas que les maires puissent légalement prescrire contre elles. D'autres considérations s'opposent à ce que la prescription leur soit acquise : Aux termes des articles 2229 et 2236 du Code civil, la possession requise pour prescrire doit être non équivoque et à titre de propriétaire, et ceux qui possèdent pour autrui ou qui détiennent précairement la chose du propriétaire ne peuvent l'acquérir par prescription. La raison en est qu'ils ont reçu l'objet qui appartient au propriétaire uniquement pour en jouir et pour l'administrer et qu'ils ont charge de le conserver pour autrui. Comment dès lors, pourraient-ils le posséder *animo domini ?*

La situation du maire au regard de la commune présente une complète analogie avec celle des autres détenteurs précaires tels que fermiers, dépositaires, mari administrateur des propres de la femme, usufruitier, tuteur en ce qui touche les biens de son pupille. La loi le charge de la conservation et de l'administration du patrimoine communal et il est tenu de faire, en sa qualité, tous actes conservatoires des droits de sa commune. Il ne pourra donc juridiquement posséder les biens communaux à titre de

Digitized by Google

propriétaire, car s'il les détient et les gère, ce n'est pas comme homme privé, mais à titre officiel et par l'effet des fonctions municipales dont il est investi. Par suite, la possession dont il pourra se prévaloir manquera nécessairement d'une des qualités indispensables pour prescrire et sera entachée d'une irrémédiable précacité.

Cette possession, d'ailleurs, ne sera-t-elle pas manifestement équivoque? Il semble que pour une telle question, c'est la résoudre par l'affirmative. Si le maire détient les biens communaux, c'est en sa qualité d'administrateur. Qu'il les cultive, les améliore ou les répare d'une manière quelconque, c'est toujours en tant que maire, et la situation ne se modifiera pas, si énergiques que soient les actes de possession qu'il exerce. Sa gestion, en effet, se rattache trop intimement à ses fonctions municipales pour qu'on puisse l'en séparer; le voulût-il, qu'il lui serait impossible d'attribuer tels agissements au personnage officiel et tels autres au simple particulier. Comment saura-t-on, par exemple, que, lorsque le maire fait enclore de fossés ou défricher un terrain communal, c'est pour son compte personnel et non pour celui de la commune que ces travaux sont exécutés? Quelle circonstance suffisamment significative révèlera aux intéressés qu'au lieu de se trouver en présence d'un administrateur qui accomplit un mandat légal, ils ont affaire à un particulier qui, dans son intérêt privé, usurpe la propriété communale? A vrai dire, il sera impossible d'établir cette distinction. Si l'on est toujours censé posséder pour soi-même et à titre de propriétaire, il faut, pour qu'il en soit ainsi, que l'origine de cette possession ait un caractère privé nettement déterminé, ce qui ne se rencontre pas dans l'espèce. Les faits d'où l'on voudra faire dériver la possession ayant été accomplis comme la conséquence et le corollaire de l'administration municipale, seront toujours présumés l'avoir été au même titre, s'il n'y a preuve du contraire, et cette preuve, il ne sera pas possible de la fournir. Ainsi donc le maire est légalement incapable de prescrire contre sa commune. Il en serait exactement de même si la possession, émanant à l'origine d'un particulier, avait été continuée par ce particulier après sa nomination aux fonctions de maire, car à partir de cette

Digitized by Google

nomination elle serait devenue précaire et équivoque tout comme si elle avait commencé pendant l'exercice du mandat municipal.

Une solution différente serait contraire aux plus élémentaires notions de la justice et de l'équité. Si une possession d'un caractère officiel en quelque sorte au début pouvait, alors même qu'elle changerait de nature plus tard dans des conditions de fait insaisissables, satisfaire aux exigences de la loi et procurer aux maires le bénéfice de la prescription, les plus regrettables abus ne tarderaient pas à se produire et le patrimoine communal serait à la merci de ceux-là mêmes qui sont tenus de veiller à sa conservation. Les communes, en effet, sans moyen de défense contre leurs administrateurs, n'auraient même pas toujours, fussent-elles dûment averties de ce qui se passerait, la possibilité d'exercer un recours utile auprès des autorités supérieures ignorantes ou prévenues. Mais ces funestes résultats ne sont pas à redouter, car les principes du droit et de l'équité sont d'accord pour assurer aux communes une protection efficace contre les usurpations de leurs maires.

La doctrine et la jurisprudence se sont prononcées en faveur de l'imprescriptibilité des biens communaux par rapport au maire (V. notamment Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. 2, § 214 ; Massé et Vergé traduction de Zachariæ, t. 5, § 845, *Droit civil français ;* Leroux de Bretagne, *Prescription*, n° 317; Laurent, *Principes de droit civil français*, t. 32, n° 305 ; Cass. 26 janvier 1857, D. P. 1857, 1. 72; Cass. 3 août 1857, D. P. 1859, 1. 211 ; Nancy, 10 janvier 1863, Sirey, 1863. 2. 92; Cass., 3 janvier 1870, D. P. 1872. 1. 22; Pau, 13 décembre 1871, Sirey, 1872. 2. 280). Ces divers arrêts dont les uns s'appliquent à la prescription libératoire et les autres à la prescription acquisitive ne font aucune différence entre ces deux sortes de prescriptions et en réalité il n'y en a pas à faire au point de vue juridique.

Nous croyons qu'il n'est pas sans intérêt de reproduire les principaux considérants de l'arrêt du 3 août 1857 par lesquels la Cour suprême a tranché la question d'une manière irréfutable. Ils sont ainsi conçus :

« La Cour; — attendu qu'aux termes de l'art. 2236 C.

Digitized by Google

Nap., celui-là seul peut prescrire qui possède par lui-même et non par autrui; que telle n'est pas la position du maire d'une commune relativement aux propriétés communales; qu'aux termes de l'art. 10 de la loi du 18 juillet 1837, il est chargé de la conservation et de l'administration des biens de la commune et de faire, en conséquence, tous actes conservatoires de ses droits: que l'on ne comprendrait pas comment il pourrait posséder *animo domini* les biens dont il est administrateur, et acquérir par prescription contre la commune les droits qu'il est tenu de lui conserver;

« Attendu que ces raisons s'opposent, avec une égale force, à la prescription de trente ans et à la prescription de dix ans avec titre et bonne foi; qu'il importe peu qu'à l'origine la possession ait pu être de bonne foi, ou même que cette possession ait commencé avant la nomination du sieur Lasserre aux fonctions de maire; que, dans tous ces cas, la question dépend, non de la bonne foi, mais de la nature de la possession; que cette possession est devenue précaire et équivoque à partir de la nomination, et que la prescription a cessé de courir du moment où la conservation des droits de la commune a été confiée au sieur Lasserre, qui, réunissant alors des droits contraires, ne pouvait plus agir, ni pour lui contre la commune, ni pour la commune contre lui-même. »

Tels nous paraissent être les véritables principes applicables en cette matière. Il ne saurait jamais y avoir lieu à la prescription des biens des communes par leurs maires. Le droit, la justice, l'équité sont d'accord en faveur de cette solution.

H. PASCAUD.

LE NU-PROPRIÉTAIRE ET L'USUFRUITIER SONT-ILS DANS L'INDIVISION? — *Quid* DE L'USUFRUITIER D'UN ENSEMBLE DE BIENS ET DU NU-PROPRIÉTAIRE D'UNE PARTIE DE CES MÊMES BIENS?

Par M. L. Zéglicki, juge d'instruction au tribunal de Mauriac, docteur en droit.

Il n'y a d'indivision qu'entre personnes ayant sur une chose des droits de même nature; or la nue propriété et l'usufruit sont

Digitized by Google

des droits essentiellement distincts; il n'existe donc pas d'indivision entre le nu propriétaire et l'usufruitier qui puisse rendre nécessaire entre eux le partage des meubles ou immeubles dont l'un a la nue propriété et l'autre l'usufruit. Il suit de là que si l'usufruit d'immeubles impartageables en nature appartient à un seul et la nue propriété à plusieurs, la licitation ne peut porter que sur la nue propriété; au contraire lorsqu'une portion seulement des immeubles d'une succession, par exemple, est soumise à l'usufruit, le titulaire de ce droit doit être considéré comme étant en état d'indivision avec l'héritier investi de la nue propriété des biens soumis à l'usufruit et de la pleine propriété du surplus de la succession. Ces solutions sont admises sans contestation en doctrine et en jurisprudence; elles découlent des principes; mais que décider lorsque l'usufruit affecte toute une universalité de biens et qu'un tiers a une part en nue propriété sur iceux? La jurisprudence a eu à se prononcer dans une espèce analogue; il s'agissait d'un époux nu propriétaire pour partie, qui avait été institué par son conjoint légataire en usufruit de tous ses biens meubles et immeubles. La Cour de cassation (chambre des requêtes, par un arrêt du 9 avril 1877, D. 77. 1. 389) a déclaré que le titulaire de l'usufruit ne pouvait s'opposer à la licitation de la pleine propriété des biens sur lesquels portait cet usufruit; pour justifier cette décision, l'arrêtiste Dalloz fait remarquer que l'usufruitier ne peut prétendre que son droit d'usufruit doive s'exercer en nature sur aucune partie de la succession et que l'intention du testateur était de léguer seulement l'usufruit de la succession en quelques biens qu'elle consiste; un pareil argument n'est pas de force à satisfaire l'esprit; il ne repose sur aucun principe de droit et il conduit à faire présumer qu'un testateur, en léguant la totalité de la jouissance de ses biens, n'a pas l'intention d'attribuer au légataire une jouissance en nature : sans doute, lorsque l'usufruit est réservé, la licitation de la nue propriété est exposée à trouver moins d'enchérisseurs que si la pleine propriété était mise en vente, mais c'est la conséquence forcée de la délimitation des droits de l'usufruitier d'une part et du nu propriétaire d'autre part; il ne pourrait en être autrement que si l'intention du donateur était formellement exprimée; en

Digitized by Google

effet, rien de plus naturel que de supposer que celui qui jouit de ses biens en nature a entendu transmettre cette jouissance en nature au gratifié, puisque ce dernier est mis en son lieu et place. C'est à celui qui prétend qu'il n'a entendu attribuer que la jouissance de valeurs quelconques de la succession équivalentes au montant de cette succession, à prouver que telle a été sa volonté. C'est précisément parce que les termes dans lesquels était conçue la libéralité faite par le disposant lui avaient paru très formels ou qu'elle se trouvait tout au moins en face de l'interprétation souveraine qu'en avait déduit le juge du second degré, que la Cour de cassation, dans son arrêt du 9 avril 1877, s'était prononcée comme nous l'avons indiqué plus haut; elle était liée par les constatations de fait de la Cour d'Angers contre la décision de laquelle était dirigé le pourvoi dont elle était saisie; or cette Cour d'appel avait interprété l'acte de disposition dont il s'agissait et les intentions du disposant en ce sens qu'il avait voulu donner à sa femme l'usufruit non de la succession en nature, mais de valeurs égales au montant de la succession. C'était là une appréciation que la Cour suprême ne pouvait modifier ni contrôler et qui justifie son arrêt.

Aussi dès 1869, la Cour de cassation, appelée à trancher la question en droit, posait-elle en principe que l'usufruitier de tous les biens d'une hérédité, nu propriétaire pour partie, n'était obligé de liciter que la nue propriété (D. p. 71. 1. 170). Des commentateurs ont essayé de démontrer que cette doctrine était erronée, que pour aboutir à la faire prévaloir, il fallait décomposer arbitrairement en nue propriété et en usufruit, un droit de pleine propriété pour partie qui reposait sur la tête de la personne à laquelle il avait été concédé; il est facile de réduire cette objection spécieuse à néant : qu'y a-t-il en effet d'indivis dans l'espèce dont il s'agit? Ce n'est pas l'usufruit puisqu'il appartient à une seule et même personne; la nue propriété seule est indivise et par conséquent il n'y a lieu de liciter que la nue propriété; la pleine propriété n'est que la réunion de l'usufruit et de la nue propriété; si une partie de cette dernière est à plusieurs et l'usufruit à l'un de ceux-ci en totalité, comment concevoir qu'il puisse y avoir indivision autrement que pour la nue propriété, et à

Digitized by Google

quelles conséquences, s'il n'en était pas ainsi, arriverait-on? En effet le droit de l'usufruitier et à plus forte raison du propriétaire comporte une jouissance immédiate tandis qu'il en est différemment du nu propriétaire. Celui-ci peut, sans doute à ses risques et périls s'il y a un intérêt urgent, devancer l'époque de la consolidation en disposant de son droit, mais il n'y est pas obligé : donc il est vrai de dire que le titulaire de la nue propriété pour partie et le titulaire de la pleine propriété pour une autre partie ont des droits complétement distincts et qu'ils ne peuvent être assimilés à des indivisaires. — En fait le plus souvent l'usufruit est le résultat d'une libéralité qui a pour but de permettre à celui qui en est investi de conserver pendant sa vie la même situation matérielle qu'il avait auparavant, d'habiter la même demeure, de rester en possession de tout ce dont il avait joui autrefois et peut-être même d'être fidèle au culte d'un souvenir. Or la licitation réalisée contre le gré de l'usufruitier à la requête du nu propriétaire ou du plein propriétaire de partie des biens sur lesquels repose l'usufruit, pourrait avoir pour effet de léser gravement les intérêts de l'usufruitier; aussi la chambre civile de la Cour de cassation a-t-elle, dans un arrêt récent du 10 décembre 1889, consacré la thèse que nous proposons; il est ainsi conçu :

Sur l'unique moyen du pourvoi :

Attendu qu'il n'y a indivision qu'autant que les intéressés ont sur la chose des droits de même nature; qu'ainsi entre le nu propriétaire et l'usufruitier il n'y a pas indivision qui puisse rendre nécessaire entre eux la licitation des immeubles dont l'un a la nue propriété et l'autre l'usufruit; qu'il suit de là que si l'usufruit d'immeubles impartageables appartient à un seul et la nue propriété à plusieurs, la licitation ne peut porter que sur la nue propriété; qu'il doit en être de même dans le cas d'une disposition entre-vifs ou testamentaire attribuant taxativement l'usufruit et une part de nue propriété d'un ou de plusieurs immeubles déterminés ou même de l'ensemble de biens meubles et immeubles d'une succession à l'un et le surplus de la nue propriété à l'autre.

Rejette, etc.....

Le rapport de M. le conseiller Manau fait très bien ressortir la

Digitized by Google

diversité de situation dans l'espèce de l'arrêt rendu par la chambre des requêtes en 1877 et l'espèce de l'arrêt ci-dessus rapporté; dans cette dernière, aucune circonstance particulière n'autorisait à croire que le disposant eût entendu ne laisser au gratifié de la libéralité en usufruit que des droits sur les sommes d'argent à provenir de sa succession par suite de la vente des biens les composant; il n'y avait rien de pareil à ce qu'avait relevé la Cour d'Angers dont la décision avait été déférée à la Cour de cassation en 1877; au contraire dans le cas soumis à la chambre civile de la Cour suprême en 1889, il avait été constaté par le juge du fait que le disposant n'avait subordonné la jouissance de l'usufruitier à aucune réalisation — le mode de jouissance des immeubles et des meubles tel que le disposant l'avait réglé ne pouvait donc être modifié sans faire échec à la volonté que celui-ci avait manifesté — il s'agissait donc de résoudre une pure question de droit, c'est ce qu'a fait la chambre civile le 10 décembre 1889. L. ZÉGLICKI.

BIBLIOGRAPHIE

LES MANIEURS D'ARGENT A ROME,

(*Ouvrage couronné par l'Académie française*).

Par M. Antonin Deloume, professeur à la Faculté de Droit de Toulouse, Secrétaire perpétuel de l'Académie de Législation.

Compte-rendu par M. Joseph Bressolles, Professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

Je n'ai pas l'intention de louer comme il le mérite l'ouvrage de M. Deloume; je ne me reconnais pas autorité suffisante pour en faire ressortir toutes les qualités distinguées; et puis l'éloge viendrait de trop près : l'ancien disciple, l'ami ne veut pas se dérober derrière le critique. Aussi bien il suffira de lire *les manieurs d'argent à Rome* pour apprécier le caractère élevé de l'œuvre, son importance historique et sociale et la manière remarquable de l'auteur. Je voudrais envisager ce travail d'un point de vue plus spécial, féliciter le savant professeur et le remercier d'avoir montré comment nos maîtres comprennent l'enseignement du droit romain et remplissent leur mission.

Les reproches ne sont pas, on le sait, ménagés à nos chères

Digitized by Google

études ; le temps se perdrait à admirer la compilation de Justinien ; on ne songerait ni à l'instruction générale des étudiants, ni à la formation de leur esprit aux discussions juridiques. Ces critiques sont formulées sans preuves à l'appui et il aurait peut-être suffit de le faire remarquer ; les représentants de la science attaquée ont mieux agi ; ils ont voulu présenter en action cet enseignement si décrié ; la vieille parole d'Horace est toujours vraie : *Segnius irritant animos.....*

A côté des travaux déjà publiés figurera très honorablement le livre de M. Deloume. Une même préoccupation les inspire : les lois romaines y sont étudiées avec le soin le plus minutieux, mais on cherche surtout leurs rapports avec l'état social de la nation ; s'il se présente à l'esprit des comparaisons avec les institutions de peuples, soit anciens, soit modernes, on n'a garde de les repousser, elles permettent parfois de porter la lumière sur des textes demeurés longtemps incompris.

Ainsi, pour rester avec M. Deloume, les mœurs d'aujourd'hui peuvent seules nous faire saisir la portée d'expressions empruntées aux meilleurs écrivains de Rome. Le jeu y était en honneur, nul ne l'ignore ; mais y connaissait-on les spéculations de la Bourse, y avait-il des valeurs présentant les brusques oscillations de la hausse ou de la baisse ? Notre auteur l'affirme, textes en main. Les naufrages entre les deux Janus, voilà la ruine des uns correspondant au gain des autres ; les *partes*, voilà les valeurs d'agio. Un jour, elles seront très élevées : *carissimæ partes illo tempore*, dit Cicéron ; si les nouvelles sont mauvaises, la baisse l'emportera. La foule est d'ailleurs empressée autour des Basiliques : l'auteur rapporte et commente un très curieux passage de Plaute sur ce point. Cette agitation s'explique aisément par le nombre des porteurs de *partes : pene ad unum omnes sunt impliciti*, dit Polybe. On ne pouvait jadis apprécier la signification exacte de ces textes ; il en est autrement aujourd'hui. Actions et obligations des grandes sociétés commerciales sont dans presque tous les patrimoines ; le *pene ad unum* de Polybe se retrouve vrai. Les variations des cours à la Bourse nous rappellent les fluctuations des *partes*.

L'assimilation peut d'ailleurs être poussée plus loin. Les titu-

Digitized by Google

laires de *partes* étaient les personnes intéressées dans les entreprises si variées confiées par l'État romain aux sociétés de Publicains. Ces sociétés se recrutaient presque exclusivement parmi les Chevaliers, mais la situation de tous les associés n'était pas la même; aux uns, la responsabilité envers l'État; on les a vus au Forum levant la main pour assumer les charges de l'opération; les autres ne se montrent pas, ils se contentent d'apporter leurs capitaux et ils se réservent de se retirer de la société, en cédant leurs *partes*. Les rapprochements avec la commandite par actions n'échappent pas à M. Deloume, il les met en lumière de la façon la plus heureuse. Comme Louis Reybaud aurait regretté de n'avoir pas connu les ancêtres romains de ses spéculateurs sur les bitumes du Maroc !

Ainsi constituées, les sociétés de publicains ne connaissaient pas le *jus fraternitatis* et survivaient aux associés. L'Etat leur avait réservé cet avantage, afin d'assurer ses entreprises et peut-être aussi afin d'y intéresser un plus grand nombre de citoyens. La pensée politique est indiquée par Polybe : *omnia a populo exercentur*. Au début, ces sociétés de publicains se dévouèrent à l'Etat; au temps des guerres puniques, certaines se disputèrent l'honneur de secourir la patrie en danger. L'intérêt matériel l'emporta bientôt et fut l'unique règle. Les provinces notamment furent exploitées de la façon la plus révoltante. Il faut lire les pages où M. Deloume peint ces abus; on verra si nos professeurs songent uniquement à orner l'esprit de leurs disciples.

Cette oppression inique des malheureux provinciaux ne révoltait guère les Romains; pour eux les vaincus étaient sans droit. Aussi n'avaient-ils aucune garantie contre les exactions des publicains. Les victimes s'adressaient-elles aux gouverneurs? Certains, comme Verrès, étaient complices; les sociétés avaient eu l'habileté de les intéresser à leurs spéculations. Tous redoutaient la puissance des associés si nombreux à Rome; pour ne pas leur déplaire, Cicéron corrigea son édit de proconsul; deux gouverneurs voulurent résister : Mucius Scœvola vit son questeur Rutilius accusé et injustement condamné (661-93), Lucullus n'obtint pas le commandement de la guerre d'Asie (686-68). Bossuet a dit avec raison « l'argent faisait tout à Rome ».

Digitized by Google

Les juges eux-mêmes ne savaient pas résister à cette soif de l'or. Laboulaye a parlé de « l'infamie des jugements », comme d'une des causes de la décadence; elle s'explique aisément. Les lois judiciaires étaient une arme de guerre aux mains des partis en lutte. Caius Gracchus proposa de remplacer les Sénateurs par les Chevaliers sur la liste des *Judices :* c'était confier aux publicains le droit de connaître des accusations portées par les provinciaux, aussi toute leur influence s'exerça-t-elle sur les comices et la mesure fut aussitôt votée. Le tribun n'avait pas entrevu les résultats de sa réforme; Montesquieu les signale en termes énergiques : « plus de vertu, plus de police, plus de loi. » M. Deloume parcourt les nombreuses lois judiciaires de Marius, de Sylla, de Pompée : cette étude est pleine de vie, j'allais dire de passion, on y sent l'indignation de l'honnête homme et du jurisconsulte contre la raison du plus fort, contre les lois et les sentences injustes.

Constater ne suffit pas, il faut surtout expliquer les vices d'une institution reconnue mauvaise; l'auteur donne à ce désir satisfaction entière. A Rome, le pouvoir judiciaire dépendait des Comices : les juges choisis dans un parti se regardaient volontiers comme chargés uniquement de donner raison à ses représentants. C'était l'application pratique de la morale de l'intérêt, « morale courte dans ses vues, nous n'avons cessé de le dire et de le constater par les faits de cette histoire, » dit M. Deloume.

La puissance des publicains diminue sous César : après Auguste, elle n'existe plus : les grands jurisconsultes ne parlent pas des *partes* et nous ne savons comment leur transmission aurait été réglée. Faut-il attribuer aux exactions des sociétés cette brusque disparition, si surprenante chez un peuple ennemi de la nouveauté? Une pensée politique peut seule l'expliquer. Instruit par les exemples du passé, Auguste voulut détruire une influence trop souvent prépondérante et il le put sans difficulté. Ici l'analogie avec l'état de choses moderne fait place à la différence la plus marquée. A notre époque, se figure-t-on un législateur prohibant les sociétés commerciales et défendant aux particuliers de s'intéresser à leurs entreprises? A Rome, l'action était « le monopole des adjudicataires de l'État »; Auguste réduisit consi-

Digitized by Google

dérablement le nombre et l'importance de ces adjudications. « Une révolution s'accomplit, dit Émile Belot, dans son *Histoire des chevaliers*. Elle transforma la chevalerie romaine et de la situation de classe politique et dirigeante la fit descendre au rôle d'instrument, puis d'ornement de la royauté. »

J'ai analysé dans ses parties les plus importantes l'ouvrage de M. Deloume. Un pareil enseignement mérite-t-il les reproches adressés à l'étude du droit romain? « Ce culte de la prétendue raison écrite, dit M. Frary, dispense les jurisconsultes de marcher dans la voie indiquée par Montesquieu et de demander l'esprit des lois au rapprochement des faits... Pendant trois ou cinq ans on ne parle à nos futurs légistes que de textes à interpréter et à commenter; quand leur apprend-on à peser les avantages et les inconvénients d'une disposition légale [1]? »

L'ouvrage de M. Deloume répond à ces critiques. Il montre combien elles sont imméritées. Nos maîtres savent « demander l'esprit des lois au rapprochement des faits »; après avoir interprété et commenté les textes, ils apprennent « à peser les avantages et les inconvénients des dispositions légales », notre auteur l'a prouvé de la façon la plus heureuse [2]. Pour avoir montré sous

[1] *La question du Latin*, p. 178.

[2] On me permettra une autre observation; elle est relative à la procédure; en la formulant je parle un peu *pro domo*. A la même page de son livre, M. Frary dit « par des combinaisons ingénieuses on protège les mineurs « contre l'improbité présumée de leurs tuteurs et même de leurs parents; « il n'est pas prouvé qu'on y réussisse toujours, mais on réussit toujours « à faire passer une partie de leurs biens dans la poche des gens de loi. « Les économistes et les philanthropes ont fini, au bout de quatre-vingts « ans, par attirer l'attention sur le scandale de ces ventes judiciaires où le « prix de l'immeuble est absorbé et au delà par les frais dits de justice. « *Jamais les légistes n'auraient par eux-mêmes découvert et condamné cette « espèce de brigandage.*

De cette simple affirmation il suffira de rapprocher un trait de la vie de Berriat Saint-Prix. Je l'emprunte à une notice écrite par M. Rambaud, docteur en droit, chargé de cours à la Faculté de Grenoble, notice couronnée en 1885 par l'Académie de Législation. Napoléon revenant de l'île d'Elbe, avait pénétré à Grenoble le 7 mars au soir; on connait les incidents de cette entrée. Le lendemain, il recevait les hommages des diverses autorités; le recteur de l'académie lui présenta les membres de l'Université, indiquant à l'empereur la spécialité d'enseignement de chacun. Après avoir

Digitized by Google

son vrai jour l'enseignement de nos facultés, il a droit à tous nos remerciements. D'autres études sont promises par M. Deloume; le succès de la première l'engagera à ne pas trop en ajourner la publication. J. BRESSOLLES.

DICTIONNAIRE PRATIQUE DES ACTIONS POSSESSOIRES ET DU BORNAGE [1],

Par MM. G. Archambault, licencié en droit, avoué à Sancerre et R. Senly, docteur en droit, avocat et ancien bâtonnier du barreau de Nevers.

Compte rendu par M. Antoine Faure, docteur en droit, avocat à la Cour d'appel de Paris.

Peu de matières dans notre droit sont plus importantes et plus compliquées que celle des actions possessoires. Quoique le législateur l'ait reléguée dans un titre très court du livre des justices de paix, au Code de procédure, complété par la loi de 1838, elle touche plus encore au droit civil qu'à la procédure. Les questions qu'elle soulève ont passionné les jurisconsultes romains et, après eux, les canonistes; et, de nos jours encore, les auteurs discutent vivement sur la nature et les caractères des actions possessoires, sur les distinctions à établir entre la complainte, la réintégrande

répondu au discours officiel, Napoléon s'avançant brusquement vers Berriat Saint-Prix lui demanda ce qu'il pensait du Code de procédure. Le professeur répondit : les tribunaux n'en ont pas eu encore de meilleur, mais il comporte des réformes. Invité à indiquer les plus pressantes, Berriat signala les règles sur les saisies immobilières et les ventes des biens de mineurs. L'empereur insistant, Berriat lui exposa sommairement le mécanisme de la saisie immobilière et les formalités compliquées de la vente des biens des mineurs; il insista sur les frais énormes dont elles étaient l'occasion. L'empereur écoutait attentivement, oubliant l'audience et les circonstances où il se trouvait. « C'est Treilhard, s'écria-t-il, voilà bien Treilhard... J'avais un sentiment confus que tout cela était trop minutieux trop chargé, trop long, mais Treilhard avait de la ténacité et j'étais hors d'état de lutter contre lui... — Vos observations sont pleines de clarté... c'est une chose à réformer. » Les événements se précipitèrent et Napoléon ne songea probablement plus à réformer la procédure, mais Berriat conçut pour son interlocuteur un enthousiasme assez grand pour lui faire encourir les disgrâces de la Restauration.

Les légistes savent, on le voit, découvrir et signaler au besoin les vices d'une loi.

[1] T. Ier, 1 vol. gr. in-8.

Digitized by Google

et la dénonciation de nouvel œuvre. Sans doute l'intérêt de ces controverses a bien diminué, sans doute les actions possessoires elles-mêmes ont perdu beaucoup de leur importance, au point qu'on pourrait soutenir, sans être un novateur trop hardi, que le développement des moyens de communication, la facilité plus grande d'obtenir une prompte décision au pétitoire et au besoin l'usage plus étendu du référé doivent en amener la disparition. Mais, de fait, les actions possessoires existent toujours et on en use encore fréquemment; les statistiques du ministère de la justice sont là pour démontrer que les juges de paix, les tribunaux en appel, la Cour de cassation elle-même rendent un nombre relativement considérable de décisions sur des instances au possessoire.

Aussi croyons-nous que MM. Archambault et Senly n'ont pas eu tort de penser qu'à côté des nombreux volumes publiés sur les actions possessoires, il y avait encore place « pour un ouvrage pratique, relevant beaucoup moins de la science que de la patience, permettant au magistrat et à l'homme d'affaires d'étudier en quelques instants une question possessoire, de trouver immédiatement une solution, d'en vérifier l'exactitude à l'aide des textes de lois et de jurisprudence » reproduits en note au-dessous de la partie doctrinale, sans avoir besoin de recourir à de longues recherches.

MM. Archambault et Senly ont adopté la forme du dictionnaire qui était la plus propre à réaliser le but pratique qu'ils se sont proposé et qui leur a paru se concilier mieux que tout autre avec un travail qui touche à une foule de questions n'ayant pas toujours entre elles une affinité bien apparente et surtout bien réelle.

Ils déclarent, du reste, dans leur introduction, n'avoir eu d'autres prétentions que d'offrir au public une compilation de jurisprudence; en cela les auteurs du *Dictionnaire des actions possessoires* ont été trop modestes. Sur beaucoup de points en effet, ils ne se sont pas contentés d'indiquer la solution de la jurisprudence et ils sont entrés dans le détail des controverses, citant les autorités doctrinales dans les divers sens. Malheureusement ces citations ne sont pas toujours exactes ou complètes. Nous n'en voulons prendre qu'un exemple.

Dans l'article consacré à la réintégrande, MM. Archambault

Digitized by Google

et Senly, examinant les caractères spéciaux de cette action possessoire, indiquent que la question de savoir sous quelles conditions la réintégrande peut être admise a donné lieu à deux systèmes : le premier n'établit aucune distinction entre la complainte et la réintégrande et les soumet aux mêmes conditions ; le second, qui est adopté par la jurisprudence, accorde la réintégrande au possesseur non annal et même au simple détenteur. Parmi les auteurs qui ont soutenu la première opinion, ils citent Boitard, mais ils paraissent n'avoir pas eu connaissance de la dernière édition des *Leçons de procédure* publiée par M. Glasson; sans cela, ils n'auraient pas manqué de mentionner le troisième système que l'éminent professeur a développé dans la note qu'il a consacrée à cette importante question; ils n'auraient pas posé comme un point certain que la réintégrande peut être introduite par le simple détenteur, par exemple le fermier ou l'antichrésiste; car si cela est admis par la Cour de cassation, et par divers auteurs, entre autres MM. Aubry et Rau que le *Dictionnaire* ne cite pas, plusieurs jurisconsultes, tout en reconnaissant avec la Cour suprême que l'exercice de la réintégrande n'exige pas la possession annale, lui reprochent de méconnaître, en accordant la réintégrande au simple détenteur même non *animo domini*, les conditions que doit remplir toute action possessoire et de ne pas tenir compte du dernier état de notre ancien droit.

On pourrait peut être aussi reprocher à MM. Archambault et Senly d'avoir donné un trop grand développement à certains articles au détriment de ceux qui se rapportaient plus directement à leur sujet, mais nous n'insistons pas sur ces critiques de détail qui ne sauraient du reste porter atteinte au mérite réel de l'œuvre.

Tel qu'il est, le *Dictionnaire des actions possessoires et du bornage* constitue un guide précieux pour le praticien, un auxiliaire utile pour le magistrat et l'avocat, et l'on doit savoir gré à ses auteurs du labeur considérable qu'ils se sont imposé pour coordonner les nombreuses décisions rendues sur cette matière difficile et ardue.

ANTOINE FAURE.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris. — Imp. F. PICHON, 282, rue Saint-Jacques, et 24, rue Soufflot.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE CIVILE.

ÉTAT ET CAPACITÉ DES PERSONNES

(Décisions publiées en 1889),

Par M. Ch. Massigli, agrégé près la Faculté de droit de Paris.

I.

Le Tribunal qui prononce la conversion d'un jugement de séparation de corps en jugement de divorce, a-t-il le pouvoir de modifier, en dehors de la conversion elle-même, les dispositions du jugement de séparation de corps qui ont l'autorité de la chose jugée? (Cour de cassation, Ch. des Requêtes, 11 février 1889, S. 1889. 1. 225).

Il y a des tribunaux qui se croient autorisés à donner à une décision prononçant la conversion d'une séparation de corps en divorce, toute la portée dont serait susceptible un jugement qui statuerait sur une demande directe et principale en divorce. Ils n'ont pas suffisamment égard au lien de dépendance qui rattache l'instance actuelle à l'instance antérieure en séparation, et en présence de conclusions tendant à ménager à l'un ou à l'autre des époux, pour le règlement de ses droits dans le divorce, une situation différente de celle que lui créeraient les résultats du procès en séparation, il leur arrive de se laisser entraîner à une sorte de révision du jugement de séparation, et de toucher à des dispositions qu'ils devraient considérer comme définitives.

Très souvent, c'est le bénéfice de l'art. 301, C. civ., qui est visé par l'un des époux dans cette poursuite d'un nouveau règlement des situations respectives. La séparation de corps aura été prononcée aux torts réciproques des deux époux; l'un d'eux aura obtenu l'allocation d'une pension alimentaire : ses torts n'y faisaient pas obstacle, parce que le devoir mutuel de secours, que consacre l'art. 212, C. civ., subsiste tant que le lien matrimonial dont il est l'effet n'est pas complétement rompu. Le jugement de séparation venant à être converti en jugement de divorce, les choses ne pourraient plus aller de même et l'époux indigent n'au-

Digitized by Google

rait plus le droit de se réclamer de l'art. 212; le mariage une fois brisé par le divorce, il n'y a plus de place que pour une pension alimentaire d'un caractère particulier, pour la pension de l'art. 301 qui ne peut être accordée qu'au seul époux innocent, parce qu'elle est considérée comme une indemnité du préjudice que lui cause le divorce en le privant de son droit antérieur de secours. Sur la demande en conversion formée par son conjoint, l'époux bénéficiaire de la pension alimentaire se porte alors reconventionnellement demandeur; il s'efforce de justifier de griefs postérieurs à la séparation et il réussit quelquefois par ce moyen à faire prononcer la conversion aux torts exclusifs de l'autre époux, avec application à son propre avantage de l'art. 301. (Cf. le jugement du tribunal civil de Besançon dans l'affaire terminée par l'arrêt de la Chambre des requêtes en date du 11 février 1889, S. 1889. 1. 225; Voy. aussi, implicitement, Paris, 16 juin 1888, S. 1889. 2. 103).

Telle hypothèse, très facile à construire, nous montrerait encore un des époux se proposant pour but, dans l'instance en conversion, d'enlever à son conjoint, par application de l'art. 299, C. civ., le bénéfice de libéralités ou d'avantages matrimoniaux que celui-ci devrait conserver comme ayant fait prononcer la séparation à son profit. Et ces modifications apportées aux droits des parties, par l'effet d'un déplacement des torts, ne sont pas les seules que l'on rencontre dans les jugements de conversion.

Dans une affaire qui a été jugée par le tribunal de Pont-l'Evêque et par la Cour d'appel de Caen (arrêt du 25 octobre 1887, S. 1889. 2. 102), les premiers juges n'ont pas craint de substituer une cause nouvelle à celle pour laquelle la séparation de corps avait été prononcée. Le but visé était l'application de la prohibition de mariage édictée par l'art. 298, C civ., entre l'époux contre lequel le divorce a été prononcé pour cause d'adultère et son complice. Le jugement de conversion porte que si la séparation de corps a été prononcée pour injures graves, elle a eu en réalité pour cause principale les relations coupables entretenues par le mari avec une personne dont le nom avait été désigné par une simple initiale dans les motifs du jugement de séparation, et il rétablit intégralement ce nom en vue de l'application de l'art. 298.

Digitized by Google

Sur de telles décisions, nous ne pouvons que partager le sentiment que la Chambre des requêtes a exprimé dans l'arrêt précité du 11 février 1889 : elles excèdent les limites du pouvoir qui appartient au juge appelé à décider de la conversion de la séparation de corps en divorce. Il a le droit d'apprécier souverainement s'il y a lieu d'admettre ou de rejeter la demande; mais s'il accorde la conversion, ce doit être la conversion de la séparation telle qu'elle a été prononcée : « Il n'est pas autorisé à modifier les autres dispositions du jugement qui ont acquis l'autorité de la chose jugée et qui ne sont pas incompatibles avec la nouvelle situation faite aux époux. »

On a reproché à cette doctrine d'enserrer le juge dans les termes d'une formule qui évoquerait le souvenir des formules de la procédure Romaine et de porter atteinte au pouvoir qu'il tient du nouvel art. 310, Code civ. ; on a dit que, s'il lui est permis de décider en toute liberté de l'admission ou du rejet de la conversion, il doit avoir compétence absolue pour apprécier tout le litige qui lui est déféré et pour régler, le cas échéant, d'après les faits postérieurs à la séparation, les conditions du divorce; on a ajouté que le respect dû à la chose jugée n'interdit pas ce règlement au juge, qu'il le lui interdit d'autant moins que l'instance en conversion tend à d'autres effets que ceux qui ont été produits par le jugement de séparation; que ce jugement avait pourvu à une situation légale entre époux et que les droits à fixer désormais sont ceux de deux personnes devenues étrangères l'une à l'autre.

Mais tout ce raisonnement repose sur une confusion.

Sous l'empire de la législation de 1804, alors que la conversion ne pouvait être poursuivie que par le seul époux contre lequel la séparation de corps avait été prononcée, et qu'elle devait être nécessairement admise sur la constatation du refus de l'autre époux de reprendre la vie commune, on n'aurait certainement pas reconnu au tribunal le droit de modifier les résultats du jugement de séparation, et de substituer de nouvelles conditions à celles que ce jugement aurait déterminées pour le règlement des droits des deux parties. On s'en serait tenu au sens naturel de la loi; la conversion aurait été comprise comme une conversion pure et simple du jugement de séparation de corps en jugement de divorce.

Digitized by Google

Doit-elle être entendue autrement parce que le législateur de 1884 l'a rendue facultative pour le juge, parce que l'obligation ancienne a fait place à un pouvoir d'appréciation ? Il n'y a aucune trace de cette conception nouvelle ni dans le texte, ni dans la discussion de la loi. On a voulu, on sait dans quelles circonstances et à la suite de quelle transaction, laisser aux magistrats la liberté de décider de l'opportunité de la conversion ; il n'a pas été question de leur en laisser régler les conséquences, et le rapporteur de la commission du Sénat s'en est expliqué très nettement, en répondant à une question de M. Batbie. « Lorsqu'on sera, a-t-il dit, dans l'espèce établie par l'art. 310, lorsqu'il s'agira d'une question de conversion, le jugement de conversion ne pourra.... modifier les décisions qui résulteront du premier jugement. Autrement, ce serait non un jugement de conversion, mais un jugement de révision..... La seule disposition qui pourra être modifiée, sera celle qui avait prononcé la séparation de corps, et qui, à la suite de l'épreuve de trois ans, pourra être convertie en disposition prononçant le divorce. » (Sénat, séance du 24 juin 1884, *J. off.* du 25, Débats parl.. p. 1197).

Il est vrai que la demande en conversion peut être formée par l'époux contre lequel la séparation de corps avait été prononcée, qu'elle peut être appuyée de faits nouveaux, survenus depuis le jugement de séparation, et qui constitueraient en eux-mêmes autant de torts à la charge de l'autre époux ; mais il ne faut pas s'y méprendre. Si la disposition actuelle de l'art. 310 ne permet pas de dénier aux magistrats saisis de cette demande le droit d'étendre leur appréciation jusqu'à ces faits nouveaux et d'y chercher la preuve que la reprise de la vie commune est impossible, que la rupture définitive du lien matrimonial est le parti préférable, elle ne permet pas davantage de poursuivre une répression spéciale et plus complète de ces mêmes faits par la voie de la procédure en conversion. Pour l'époux déclaré coupable lors du procès en séparation, c'est là, en effet, une voie ouverte exclusivement en vue d'une cause toute spéciale de divorce, d'une cause qui naît de la prolongation de l'état de séparation ; s'il veut en faire reconnaître une autre, il faut qu'il introduise une demande directe en divorce : dans ce cas seulement ses griefs particuliers

Digitized by Google

seront examinés comme tels et il pourra obtenir que le divorce soit prononcé à son profit. En cas de conversion, au contraire, le juge ne peut que décider que le jugement de séparation est transformé en jugement de divorce; il n'a ni à adjuger le profit de cette transformation ni à en régler les conséquences; c'est la loi qui les détermine selon les résultats du premier jugement.

II.

Le mariage est-il dissous par le divorce à compter du jugement ou de l'arrêt qui prononce le divorce, ou seulement à compter du jour de la transcription sur les registres de l'état civil? (Cour de Limoges, 26 novembre 1887, S. 1889. 2. 129; Tribunal de la Seine, 29 novembre 1888, *Droit* du 1er janvier 1889).

Dans la législation antérieure à la loi du 18 avril 1886 sur la procédure en matière de divorce, les effets du divorce avaient un point de départ unique et bien déterminé. On avait voulu que la dissolution du mariage fût entourée de la même solennité que sa formation : le divorce admis par la justice devait être prononcé par l'officier de l'état civil et cette prononciation fixait à tous égards le moment où cessait l'état de mariage et où commençait l'état de divorce.

Les inconvénients qu'entraînait avec elle la comparution des deux parties à cette cérémonie ont déterminé un changement dans les dispositions de la loi. Aujourd'hui, c'est la justice qui prononce le divorce; mais le dispositif du jugement ou de l'arrêt doit être transcrit dans les deux mois sur les registres de l'état civil du lieu où le mariage avait été célébré, et l'omission de cette formalité ferait considérer le divorce comme nul et non avenu (art. 250, 251, 252, C. civ., nouveau texte).

De quel moment existent, dans cette réglementation nouvelle, les effets du divorce?

La rédaction de la loi ne fournit pas une réponse précise.

« Le jugement dûment transcrit, dit le dernier alinéa de l'article 252, remonte, quant à ses effets entre époux, au jour de la demande »; mais, même au point de vue des rapports entre époux, cette disposition n'a qu'une portée limitée et, en dehors de sa sphère d'application, il n'y a plus de règle formellement tracée.

Digitized by Google

Nous disons que la rétroactivité des effets du divorce au jour de la demande ne concerne pas tous les rapports entre époux.— Elle n'a de portée que dans la mesure où la jurisprudence de la Cour de cassation, sous la pression des besoins de la pratique et pour protéger chacun des époux contre des calculs d'intérêt faciles à concevoir dans leur état d'hostilités, admet depuis longtemps déjà une rétroactivité des effets de la séparation de corps (Voyez not'. Cass. civ. 18 juin 1877, S. 1877. 1. 406) : elle se restreint aux rapports pécuniaires créés entre les époux par leurs conventions matrimoniales. C'est là le domaine spécial qui lui a été assigné par le rapporteur de la Commission du Sénat qui a introduit la disposition dans la loi ; elle a pour but « d'enlever aux époux la faculté de modifier, en ce qui les concerne, le patrimoine de la communauté, en avançant ou retardant suivant certaines combinaisons le moment où la décision des juges sera définitive », et la rétroactivité du jugement de divorce doit d'autant plus se limiter à cet objet qu'elle a un caractère exceptionnel, puisque les jugements déclaratifs d'un état antérieur doivent seuls rétroagir, et non pas ceux qui constituent un état de choses nouveau entre les parties.

La rétroactivité établie par l'art. 252 ne concerne donc pas les rapports personnels des époux : les droits et les obligations qui naissent du mariage ne sont pas considérés comme effacés à compter du jour de la demande ; il y en a même une preuve positive dans une autre disposition qui a été révisée elle aussi par la loi du 18 avril 1886, nous voulons parler de l'art. 313 C. civ. Il laisse subsister, sauf à la rendre extrêmement fragile, la présomption *pater is est*..... au profit de l'enfant conçu pendant la durée de l'instance en divorce : c'est que le lien matrimonial ne doit pas être considéré comme dissous avant le jugement.

Quel est alors le moment où cette dissolution se réalise?

Deux solutions distinctes peuvent se défendre et les tribunaux hésitent. Un jugement rendu par la cinquième Chambre du tribunal de la Seine, à la date du 29 novembre 1888, s'attache à la date de la transcription sur les registres de l'état civil ; un arrêt antérieur de la Cour de Limoges a décidé que

Digitized by Google

c'est le jugement lui-même qu'il faut prendre pour point de départ (1).

La solution admise par la Cour de Limoges s'appuie principalement sur cette considération que le rôle de l'autorité judiciaire ne consiste plus seulement aujourd'hui, comme dans le régime du Code civil, à autoriser le divorce. C'est elle-même qui le prononce, et par suite il serait normal que sa décision produisît son effet à sa date. La transcription sur les registres de l'état civil est sans doute indispensable; mais ne peut-on pas la concevoir comme une sorte de condition qui, une fois accomplie, rétroagirait au jour du jugement ou de l'arrêt dont elle tenait l'effet en suspens ?

Nous croyons que la doctrine du tribunal de la Seine est mieux fondée.

Ce n'est pas que nous reconnaissions une égale force à toutes les raisons que le jugement a fait valoir. Nous ne tenons pas pour décisive celle qu'il déduit de l'art. 244, aux termes duquel la décision prononçant le divorce reste sans valeur si le décès de l'un des époux survient avant qu'elle ait été transcrite sur les registres de l'état civil. La disposition pourrait se comprendre quand bien même on attacherait un effet de rétroactivité à la transcription : elle s'expliquerait par un désir d'apaisement et d'oubli.

Le tribunal se prévaut plus justement des inconvénients que présenterait, au point de vue de l'intérêt des tiers, de l'intérêt des époux et de l'intérêt public, un système dans lequel les effets du mariage resteraient de fait en suspens pendant une période de temps plus ou moins longue. « Toutes les voies de recours étant ouvertes contre un jugement de divorce, et le pourvoi en cassation étant suspensif, le jugement de première instance et la transcription peuvent être séparés par un intervalle de temps fort long; avec la rétroactivité, si, durant cette période, la femme s'engage avec des tiers sans autorisation, il dépendra des époux

(1) Voy. dans le même sens un jugement du tribunal de Versailles en date du 14 août 1889 (S. 1890. 2. 95) et une circulaire du procureur de la République près le tribunal de la Seine, en date du 25 juillet 1889, qui fixe au jour du jugement le point de départ du délai de dix mois établi par l'art. 296 C. civ.

Digitized by Google

de faire valider ou invalider cet engagement en requérant ou en s'abstenant de requérir la transcription du jugement définitif ; » si les époux manquent à la foi conjugale, on devra (c'est précisément l'espèce et la conclusion de l'arrêt de Limoges) « attendre la transcription pour décider si leur conduite est ou non délictueuse ; la même incertitude planera sur la condition des enfants qui seraient conçus dans cette période. »

Mais ce sont les travaux préparatoires de la loi de 1886 qui fournissent la base la plus solide au système du tribunal de la Seine. Le tribunal n'a relevé qu'une phrase de l'exposé des motifs indiquant, au sujet de la transcription et de la substitution de cette formalité à celle de la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil, que « la nature de la formalité est seule modifiée, les effets en subsistent » ; il aurait pu établir que cette manière de voir a constamment été celle du législateur et qu'elle s'est affirmée à plusieurs reprises dans la discussion.

On en a une première preuve en se référant au débat qui s'est engagé au Sénat, lors de la première délibération, sur une proposition tendant à supprimer la disposition qui forme le troisième paragraphe de l'art. 252 ; on en trouve une plus claire encore dans les explications échangées, au cours de la deuxième délibération, entre l'honorable M. Griffe et le rapporteur de la loi au sujet des mesures de publicité prescrites par l'art. 250. (Cf. Sénat, séance du 12 déc. 1885, *Journ. off.* du 13, déb. parl., p. 1300 ; séance du 22 déc. 1885, *Journ. off.* du 23, déb. parl., p. 1362).

Mais la démonstration la plus précise est celle qui résulte de la discussion du deuxième paragraphe de l'art. 252. Dans le projet du gouvernement, l'officier public avait un délai de huit jours, à compter de la réquisition qui lui était faite, pour opérer la transcription du jugement de divorce sur les registres. Cette disposition fut combattue, dans le sein de la commission sénatoriale, par une minorité favorable au maintien de la formalité du Code civil ; le rapporteur partageait cet avis et il s'en est expliqué soit dans son rapport, soit à la séance publique. Ses critiques nous éclairent sur la portée que la commission reconnaissait à la transcription au point de vue de la dissolution du mariage. « N'y

Digitized by Google

aura-t-il pas, disait le rapport, pour la constatation des droits qui résultent de la dissolution du mariage, des inconvénients à ce que l'instant précis de cette dissolution ne soit pas déterminé d'une façon incontestable? à ce que cette dissolution résulte de l'accomplissement d'une formalité confiée à l'arbitraire d'un officier d'état civil parfois peu vigilant ou peu éclairé? Le projet laisse, en effet, à l'officier d'état civil un délai de huitaine pour faire la transcription, c'est-à-dire pour déterminer à son choix, sans aucun contrôle, et en l'absence de la partie intéressée, le moment où le mariage aura pris fin. »

Qu'est-il résulté de ces observations renouvelées avec insistance à la séance du 12 déc. 1885 (*J. off.*, *loc. cit.*, p. 1295)? — La disposition a été modifiée : elle porte aujourd'hui que la transcription doit avoir lieu à une date fixe, le cinquième jour de la réquisition. Qu'en conclure, sinon que le Sénat est entré dans les vues du rapporteur, qu'il a pensé lui aussi que la date de la transcription déterminerait celle de la dissolution du mariage, et que telle est la raison pour laquelle il a voulu que le jour de la transcription ne fût pas fixé arbitrairement par l'officier de l'état civil?

III.

La femme commune en biens qui a juste sujet de craindre que ses intérêts ne soient compromis pendant l'instance en divorce, peut-elle obtenir que l'administration de la communauté soit enlevée au mari et confiée à un administrateur judiciaire ayant tous les pouvoirs nécessaires pour gérer cette communauté? (Cour de cassation, Chambre des requêtes, 26 mars 1889, D. 1889. 1. 444).

Il y a un danger manifeste à maintenir au mari, pendant l'instance en divorce, tous ses pouvoirs de chef de la communauté; le ressentiment ou la cupidité peuvent le porter à des actes de dilapidation ou lui inspirer des pensées de fraude.

Le Code civil avait essayé d'y pourvoir par deux dispositions. L'art. 271, par application des principes de l'action Paulienne, reconnaissait à la femme le droit de demander la nullité des actes accomplis par le mari en fraude de ses droits. L'art. 270, pour lui donner une garantie plus efficace relativement au mobi-

Digitized by Google

lier, permettait à la femme de requérir l'apposition des scellés et de faire dresser inventaire ; le mari était constitué gardien judiciaire du mobilier inventorié : à ce titre il était tenu de le représenter en nature et, par suite, il n'avait plus le pouvoir d'en disposer.

L'art. 271 n'a pas été modifié par la loi du 18 avril 1886 : son texte est passé dans le nouvel art. 243.

L'art. 270, en revanche, a été l'objet d'un remaniement. On avait discuté sur sa portée. Des auteurs et des arrêts l'entendaient d'une manière assez large ; ils autorisaient d'autres mesures conservatoires que l'apposition des scellés suivie d'un inventaire, notamment la saisie-arrêt des sommes dues à la communauté, le dépôt des deniers communs à la caisse des dépôts et consignations ; ils autorisaient également la désignation d'un tiers comme gardien judiciaire au lieu du mari. Le texte révisé a consacré ces solutions jusque-là douteuses, et il a complété encore en divers autres points l'ancien art. 270 (art. 242, nouveau texte.)

Mais voici que la nouvelle disposition, à son tour, voit se produire une interprétation extensive et qu'une solution singulièrement hardie est proposée. Nous reproduisons le dispositif d'un jugement rendu par le tribunal de la Seine le 27 juin 1888. Le tribunal nomme un tiers administrateur judiciaire de la communauté ; « lui donne à cet effet tous pouvoirs nécessaires pour gérer et administrer ladite communauté jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la demande principale en divorce, et le cas échéant, jusqu'à l'issue de la liquidation ; l'autorise en conséquence à se mettre en possession de l'actif de la communauté, à rechercher par toutes les voies de droit quelle en est la consistance. »

Ainsi, non seulement l'administration du mari serait susceptible d'être réglementée et limitée : il serait également permis de la faire disparaître ;— non seulement un tiers pourrait être choisi comme gardien du mobilier ou comme séquestre des immeubles : le mari pourrait encore être destitué et remplacé dans le gouvernement de la communauté ;— un étranger la gérerait, disposerait des biens, réglerait l'emploi des capitaux et des revenus; chargé de « rechercher par toutes les voies de droit » la consistance de

Digitized by Google

cette communauté, il plaiderait contre les tiers et au besoin contre les époux eux-mêmes.

La Cour d'appel et la Chambre des requêtes après elle ont jugé la décision excessive. Nous sommes du même avis.

Il faudrait un texte précis pour autoriser une mesure qui revient à frapper le mari d'une véritable déchéance : une disposition qui prévoit des mesures conservatoires et la nomination d'un gardien judiciaire n'y suffit pas. Autre chose est d'assurer la conservation de l'actif existant en la possession d'un administrateur, d'organiser des garanties contre des abus et des fraudes possibles, autre chose d'écarter et de remplacer cet administrateur, surtout lorsqu'il a été institué par la loi avec les pouvoirs d'un maître (art. 1421 C. civ.). Le principe que le mari est chef de la communauté subsiste malgré la formation de la demande en divorce, et par cela même que l'art. 242 déroge à ce principe, le plus sûr est d'entendre sa disposition avec réserve.

C'est d'ailleurs dans cet esprit que paraît être conçu l'exposé des motifs, et peut-être est-il possible de puiser aussi une indication de la volonté du législateur dans la discussion de l'art. 243. — Un amendement fut présenté tendant à permettre à la femme de faire tomber les actes de disposition du mari, indépendamment de la fraude, dès qu'il y aurait préjudice pour elle. Quelle raison donnait-on à l'appui? « A partir du moment précisé par l'article en discussion, disait M. Bozérian, la femme est absolument désarmée en face de son mari qui devient en quelque sorte omnipotent. »

Il semble bien qu'une protestation se serait produite, s'il avait été dans la pensée de la commission que la femme fût admise de par l'art. 242 à demander la nomination d'un administrateur judiciaire de la communauté; il semble bien aussi que, si tel avait été son sentiment, le rapporteur n'aurait pas défendu le texte du projet par cette unique raison qu'il fallait éviter de paralyser les pouvoirs du mari, de le mettre hors du droit commun, en enlevant toute sécurité aux tiers et en les détournant ainsi de traiter avec lui. Ce souci de ne point placer le mari « hors du droit commun » n'aurait pas été d'une irréprochable logique (Sénat, séance du 22 déc. 1885, *J. Off.* du 23, Déb. parl. p. 1355.

Digitized by Google

IV.

Une déclaration portant implicitement reconnaissance d'un lien de paternité ou de maternité naturelle serait-elle inefficace parce qu'elle serait aussitôt suivie de l'indication que l'enfant n'a pas été reconnu, ou parce qu'elle contrarierait le but de l'acte dans lequel elle serait contenue? (Paris, 16 février 1889, S. 1889. 2. 201).

Une personne avait été désignée dans un acte de naissance comme étant la mère d'une enfant naturelle. Plus tard, à l'occasion du mariage de cette enfant, elle s'était présentée devant le juge de paix pour requérir la constitution d'un conseil de famille et la nomination d'un tuteur *ad hoc* à l'effet de donner le consentement nécessaire au mariage et d'assister la mineure dans l'établissement de ses conventions matrimoniales. Le procès-verbal dressé par le juge de paix constatait que la requérante avait déclaré agir dans l'intérêt de la mineure qualifiée en tous points comme dans l'acte de naissance qui lui attribuait la maternité; mais il était ajouté que la jeune fille n'avait été reconnue ni par son père ni par sa mère. La mère était ensuite intervenue au contrat de mariage pour y donner à sa fille, par voie d'institution contractuelle, l'universalité des biens meubles et immeubles qui composeraient sa succession.

Après le décès de la donatrice, un procès s'est engagé relativement à l'institution contractuelle. Un parent collatéral a formé une demande tendant à la faire réduire, conformément aux art. 757 et 908, C. civ., comme s'adressant à une fille naturelle de la donatrice.

Cette demande a été repoussée. Il a été jugé qu'il n'y avait pas eu de la part de la donatrice reconnaissance de l'instituée, et qu'une recherche de la maternité ne pouvait pas être exercée contre elle pour faire réduire la libéralité qui lui avait été faite.

Nous ne nous arrêterons pas à la seconde partie de la décision. Elle est conforme à une jurisprudence qui paraît bien établie.

La solution relative à la reconnaissance appelle quelques observations.

La reconnaissance, au dire du demandeur, serait résultée de la déclaration faite par la mère devant le juge de paix. L'acte qui la contenait était certainement un acte authentique et, sans pré-

Digitized by Google

tendre que tout acte authentique, de quelque officier public qu'il émane, puisse utilement constater une déclaration de paternité ou de maternité naturelle, nous tenons que la déclaration produite en l'espèce répondait suffisamment, au point de vue de la forme, aux exigences de l'art. 334, C. civil.

Mais la reconnaissance d'un enfant naturel doit être l'œuvre d'une volonté consciente d'elle-même et non le résultat d'une surprise. Les magistrats ont pensé que cette condition essentielle n'était pas remplie dans le cas sur lequel ils avaient à statuer. La mère naturelle se disposait à donner à sa fille la totalité de sa fortune, elle demandait la réunion d'un conseil de famille et la nomination d'un tuteur *ad hoc*, selon les termes de l'art. 159, C. civ.; tout cela n'était guère compatible avec l'intention de faire une reconnaissance, puisque l'effet immédiat de cet acte aurait été d'enlever tout objet à la réunion du conseil de famille et de rendre tout à fait problématique, à raison de la situation de famille de la mère et de la règle établie par l'art. 908 C. civ., le plein effet de la libéralité qu'elle projetait. Il aurait bien fallu admettre l'existence de la reconnaissance, si l'acte avait contenu une déclaration expresse ne laissant place à aucun doute; mais il n'en était pas ainsi, et la reconnaissance ne pouvait s'induire que des énonciations de la déclaration faite devant le juge de paix. Dans ces conditions, il a paru aux magistrats, appréciant souverainement les faits, que l'intention de reconnaître l'enfant n'avait pas existé.

La décision est essentiellement une décision d'espèce. Il faudrait se garder de la généraliser et de poser en règle que lorsqu'une personne, dans un acte authentique, se sera fait connaître d'une façon plus ou moins directe, mais non pas expresse, comme l'auteur naturel d'un enfant, cette déclaration sera inopérante s'il se trouve qu'à la considérer comme une reconnaissance il y aurait contradiction avec le but poursuivi dans l'acte.

Ce serait souvent favoriser la fraude à la loi; et puis, cela reviendrait à dire qu'une reconnaissance consignée dans un acte qui ne serait pas rédigé dans le but unique de la constater, pourrait, dans certains cas et selon l'objet de l'acte, être conçue en termes simplement énonciatifs, tandis que dans d'autres cas elle

Digitized by Google

exigerait des termes dispositifs. La distinction n'a jamais été faite, et elle ne rencontrerait aucun appui dans la loi. La volonté de reconnaître le lien de filiation doit être certaine : l'arrêt de la Cour de Paris ne prétend rien dire de plus.

V.

Le tuteur d'une personne judiciairement interdite a-t-il qualité pour intenter au nom de celle-ci une action en nullité de mariage ? (Cour de Bastia, 8 février 1888, S. 1889, 2, 177).

Le tuteur de la personne judiciairement interdite est constitué son mandataire légal ; il la représente dans les actes de la vie civile, (art. 450, 509, C. civ.), et à ce titre il a certainement qualité pour exercer les actions relatives à ses intérêts pécuniaires.

A-t-il également qualité pour l'exercice des actions relatives aux intérêts moraux de l'incapable ? Spécialement, pour l'exercice de celles qui concernent le mariage ?

Il existe des doutes et on les conçoit. L'interdit ne peut pas agir lui-même : si personne ne le fait en son nom, il en subira peut-être un préjudice très grave. — D'autre part il s'agit de droits éminemment personnels, dont l'exercice tient à la conscience.

Il y a toutefois une action que le tuteur a sûrement le pouvoir d'exercer : c'est l'action en séparation de corps. La loi du 18 avril 1886 a mis fin à toute hésitation. Mais en admettant le tuteur à intenter l'action, elle a exigé qu'il se munisse de l'autorisation du conseil de famille avant de l'introduire (art. 307, C. civ., nouveau texte). Le ministère public exerce d'ailleurs son contrôle habituel : il sera d'autant plus attentif que l'action se produira dans des circonstances spéciales.

Les projets qui ont donné naissance à la loi de 1886 s'expliquaient aussi sur l'action en divorce. Le tuteur avait le droit de l'exercer à charge d'autorisation du conseil de famille. La disposition a été supprimée sans explications préalables, ou plutôt elle a été transposée : elle forme le paragraphe de l'art. 307 qui vise l'action en séparation de corps. A-t-on pensé que ce moyen suffirait pour la protection des intérêts de l'interdit et a-t-on reculé devant les effets du divorce ? Peut-être. Il subsiste un doute, et la doctrine est divisée.

Digitized by Google

L'arrêt de la Cour de Bastia concerne l'action en nullité de mariage. On avait opposé au tuteur cette fin de non-recevoir : le titre du Code civil relatif au mariage a réglé complétement la matière des nullités et il ne désigne nulle part le tuteur au nombre des personnes à qui l'action en nullité peut être ouverte.

La Cour répond que le législateur n'a pas eu la prétention de tout prévoir. Les textes disposent pour le cas où les époux jouissent de la capacité civile, et par là s'explique le silence qu'ils gardent à l'endroit du tuteur. A côté d'eux il y a, pour le cas d'incapacité, les règles qui pourvoient à la protection des intérêts des incapables et la Cour estime que le tuteur constitué gardien de la personne et des biens de l'interdit est recevable à intenter l'action en nullité de son mariage aussi bien que les autres actions qui pourraient lui appartenir. CH. MASSIGLI.

ÉTUDE SUR LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES MINISTRES VIS A VIS DE L'ÉTAT,

par M. MERLIN (de Thionville.)

Les ministres encourent deux genres de responsabilité : la responsabilité politique et la responsabilité juciciaire.

La première a pour sanction un vote de blâme à l'égard des membres d'un cabinet ; ceux-ci se retirent lorsque les Chambres estiment qu'une direction mauvaise a été imprimée aux affaires du pays.

La faute du ministre a été plus grave ; il y a eu crime politique ; en vertu des lois constitutionnelles de 1875, qui ont négligé de déterminer ce crime, — sans doute parce que les législatures antérieures avaient échoué dans une définition ou trop large ou trop étroite, — la Chambre décide qu'il y a lieu à accuser les ministres, et le Sénat les juge. Bien qu'il y ait crime, c'est encore la responsabilité politique qui est en jeu, puisque des ministres seuls peuvent le commettre.

A côté de la responsabilité politique, y a-t-il pour les ministres une responsabilité judiciaire de droit commun, soit pénale, soit civile? — La responsabilité pénale est incontestablement écrite dans le Code pénal, et toutes les peines, portées contre les fonc-

Digitized by Google

tionnaires qui abusent d'une façon criminelle de l'autorité qui leur est conférée, s'appliquent aux ministres. — La responsabilité civile existe-t-elle aussi?

On peut concevoir cette dernière à un double point de vue : les ministres chargés de la politique générale ont à gérer également les finances de l'État au mieux des intérêts collectifs; si leur administration est mauvaise, sont-ils tenus à indemniser de la perte qui en est résultée? Voilà qui touche les rapports entre l'État et ceux qui représentent son patrimoine. D'un autre côté, les ministres, dans leur gestion, peuvent léser injustement les droits des particuliers : ceux-ci peuvent-ils demander à leur tour des dommages-intérêts?

C'est à la première de ces deux questions que cette étude se propose de répondre en recherchant si cette responsabilité existe; en cas d'affirmative devant quel tribunal elle peut être invoquée; enfin, quelles dispositions les différents États étrangers ont adoptées en cette matière.

I. — *De l'existence de cette responsabilité civile.*

Elle paraît, a *priori*, être une conséquence logique du vote des lois de finances par les Chambres. Celles-ci déterminent les crédits dans la limite desquels les ministres peuvent se mouvoir. Si ces derniers font des dépenses non-autorisées, ou dépassent les prévisions des lois budgétaires, ils doivent le faire sous leur propre responsabilité; sinon, le rôle des Chambres serait absolument illusoire. Donc, en dehors de tout texte formel, cette responsabilité devait exister.

Elle fut inscrite dans les art. 151 et 152 de la loi de finances du 25 mars 1827. En vertu de ces textes, les ministres ne pouvaient, sous leur responsabilité, dépenser au-delà des crédits qui leur sont ouverts. Le ministre des finances ne pouvait, sous la même responsabilité, autoriser les paiements qui excèdent les crédits législatifs, que dans des cas extraordinaires et urgents déterminés par la loi. Ce texte a été modifié à plusieurs reprises depuis la Restauration. Celui qui nous régit actuellement date du 14 décembre 1879. S'il est superflu de mentionner les différentes règles adoptées à cet égard, il est utile de résumer ce qui est

Digitized by Google

aujourd'hui en vigueur. En vertu de la loi de 1879, aucun crédit supplémentaire ou extraordinaire ne peut être ouvert par le gouvernement en cas de dissolution de la Chambre des députés. Dans le cas de prorogation, des crédits supplémentaires et extraordinaires peuvent être ouverts provisoirement par des décrets rendus en Conseil d'Etat après avoir été délibérés et approuvés en conseil des ministres; ces décrets doivent être soumis à la sanction des Chambres dans la première quinzaine de leur plus prochaine réunion. La loi restreint encore les crédits supplémentaires et extraordinaires en déclarant, relativement aux premiers, qu'ils ne pourront être ouverts que pour les services votés, dont la nomenclature sera annexée chaque année à la loi de finances; quant aux seconds, qu'ils ne pourront avoir pour objet la création d'un service nouveau.

Ainsi, tout ministre engage sa responsabilité, en faisant une dépense non autorisée par les lois. L'art. 9 de la loi du 15 mai 1850 est venue donner une sanction à cette responsabilité en déclarant que : « toute dépense non-créditée, ou portion de dépense dépassant le crédit sera laissée à la charge du ministre contrevenant. »

On peut concevoir un second genre de responsabilité : le ministre s'est sans doute maintenu dans la limite des crédits, mais il a sciemment demandé aux Chambres un crédit trop bas, se réservant plus tard de parfaire la dépense au moyen d'une nouvelle demande. Il y a là de la part du ministre une sorte de dol, quasi-délit, faute trop légère pour entraîner une mise en accusation, mais portant atteinte aux finances de l'Etat. Ici encore le ministre encourt-il une responsabilité? Cette responsabilité est-elle bien civile et pécuniaire dans les deux cas : dans le cas où les crédits n'ont pas été votés régulièrement ou ont été dépassés, comme dans celui où, généralisant l'espèce qui vient d'être indiquée, il y a eu faute grave ou dol de la part du ministre?

La solution de cette question ne doit guère être cherchée dans les diverses constitutions qui se sont succédées dans notre pays; un examen attentif démontre que la responsabilité civile y est presque toujours confondue avec la responsabilité pénale ou politique. La proclamation de ce principe résulte bien plutôt des pré-

Digitized by Google

cédents parlementaires où cette question a été agitée, des essais infructueux pour la réglementer législativement et de la nature des obligations qui lient les ministres aux Chambres.

Est-ce en effet dans le décret du 13 juillet 1789 qu'il faut chercher cette responsabilité civile, dans ce décret portant « que les ministres sont responsables de toute entreprise contraire aux lois de la nation et aux décrets de cette assemblée? » Elle y est bien en germe sans doute, mais elle n'en n'est pas dégagée. Rien ne nous dit dans quels cas, sous quelles conditions ni sous quelle forme elle est encourue.

La constitution du 3 sept. 1791 déclare que les ministres sont responsables « de toute dissipation des deniers destinés aux dépenses de leur département. » Ici encore l'intention criminelle appelle la responsabilité pénale; la responsabilité civile peut en être l'accessoire; mais nous n'examinerons que la seule responsabilité civile, en dehors de toute poursuite pénale.

La même idée domine la constitution de l'an III prononçant la forfaiture contre les commissaires de la Trésorerie nationale « qui ne peuvent rien faire payer, qu'en vertu d'un décret du Corps législatif, et jusqu'à concurrence des fonds décrétés par lui sur chaque objet, d'une décision du Directoire, de la signature du ministre qui ordonne la dépense.

La constitution de l'an VIII maintenait le ministre dans les mêmes limites, omettant la peine, mais sans donner de recours sur sa fortune personnelle.

L'Empire (S. C. du 28 floréal an XII) traduit bien devant la haute cour le ministre coupable du délit de responsabilité d'office; mais où est la sanction civile?

C'est toujours la pensée d'un crime ou d'un délit qui anime l'esprit de la charte de 1814 stipulant que les ministres ne peuvent être accusés que pour concussion; il en est de même de l'acte additionnel et de la charte de 1830. On sent toutefois dans cette dernière la nécessité d'une loi embrassant tous les genres de responsabilité et on la promet. Ici se placent les tentatives avortées du gouvernement de Juillet. Nous montrerons tout à l'heure que cet insuccès est toujours venu de la tendance à vouloir assimiler les cas où la responsabilité civile pourrait être seule

Digitized by Google

encourue à ceux où il y a vraiment crime de concussion ou de prévarication.

La constitution de 1848 semble admettre cette responsabilité et, la première, paraît régler la question de compétence, dans son art. 98, conçu en ces termes : « Dans tous les cas de responsabilité des ministres, l'Assemblée nationale peut, selon les circonstances, renvoyer le ministre inculpé, soit devant la Haute Cour de justice, soit devant les tribunaux ordinaires pour les réparations civiles. » Toutefois il faut peut-être un effort de volonté pour lire la responsabilité civile des ministres vis-à-vis de l'État dans un texte qui pourrait viser plutôt, surtout au point de vue du tribunal saisi de l'affaire, les réparations civiles que les ministres devraient à des particuliers.

Rien dans la constitution du 14 janvier 1852 ni dans les sénatus-consultes qui la modifièrent ne nous montre cette responsabilité civile organisée : les ministres ne dépendant d'abord que du chef de l'État et n'étant responsables que vis-à-vis de lui, il y avait des deux côtés un engagement dont la nation ne pouvait demander aucun compte par ses représentants, et lorsque que le S. C. de 1869 rendit les ministres responsables devant le Parlement, nul ne songea à établir la responsabilité civile.

Cette préoccupation ne semble pas non plus avoir agité les auteurs des lois constitutionnelles de 1875 qui ne prévoient que la responsabilité criminelle, s'en référant à une loi pour en régler la procédure.

Cette responsabilité civile, sous-entendue par les constitutions, a été affirmée à plusieurs reprises par les résolutions des Chambres et les divers projets de loi déposés sur la matière.

Les résolutions des Chambres s'appuyaient toutes sur la responsabilité écrite dans la loi de 1817, pour rejeter du budget de l'État certaines sommes irrégulièrement dépensées par les ministres; diverses propositions, qui ne furent toutefois pas votées définitivement, allaient même jusqu'à réclamer à qui de droit ces crédits, soldés en dernière analyse par des fonds secrets ou formant des découverts du trésor inscrits à la dette flottante. Dans tous ces cas, il s'agissait de dépense incontestablement illégale. Devait-on étendre cette responsabilité au cas d'erreur grave, de

Digitized by Google

faute lourde de la part d'un ministre dans l'évaluation d'un crédit? Le premier projet du gouvernement de Juillet l'admettait; la dernière proposition déposée à la Chambre des députés en a fait autant, à la suite d'un débat parlementaire qui en a été la raison d'être et dont l'examen est le préambule nécessaire de l'étude de ce dernier essai législatif.

On peut citer [1] cinq cas incontestables dans lesquels un ministre a ordonnancé des mandats dépassant le montant de ses crédits, ou a soldé des dépenses sur un crédit qui ne leur était pas légalement affecté.

Le premier est l'exemple devenu classique des travaux commandés en 1827 par M. de Peyronnet, alors garde des sceaux; une somme de 179.000 francs avait été dépensée, sans qu'il y eût disposition d'un crédit suffisant, dans l'aménagement d'une salle à manger au ministère de la justice. La commission de la Chambre des députés proposait de ratifier la dépense « à charge par le ministre des finances d'exercer telle action en indemnité qu'il appartiendra contre le ministre qui a ordonné la dépense sans crédit préalable. » Cette rédaction fut repoussée et, sur la motion de M. Dupin, la Chambre inséra la rédaction suivante : « A la charge par le ministre des finances d'exercer devant les tribunaux, une action en indemnité contre l'ancien ministre qui a ordonné la dépense sans crédit préalable. » M. Dupin avait démontré qu'on ne pouvait soutenir la disposition de la commission : « Venir demander, disait-il, le prix d'une salle à manger en vertu de l'art. 152 de la loi de 1817, c'était vouloir faire le plus déplorable abus de la législation ». La réserve proposée, ajoutait-il, aurait l'effet d'un simple blâme, « et un million de blâmes ne couvrent pas un sou de déficit. » Le ministre déclarerait qu'il est fort embarrassé, qu'il ignore quelle action il lui appartient d'exercer. Il n'y avait pas de loi efficace sur la responsabilité ministérielle; il fallait introduire dans la loi en discussion un article portant, pour ce cas spécial, dérogation au principe de la division des pouvoirs administratif et judiciaire et

[1] Voir le discours de rentrée de M. le procureur général Audibert à l'audience solennelle de rentrée du 3 novembre 1885 relativement à ces ordonnancements illégaux.

Digitized by Google

attribuant compétence à la justice ordinaire. En même temps que la question de fond, l'orateur examinait cette question de compétence, qu'il y aura lieu d'étudier sérieusement ensuite et qui constitue la pierre contre laquelle viennent se heurter les partisans du principe de cette responsabilité civile.

Lorsque le projet fut porté à la Chambre des pairs, il eut pour rapporteur M. de Barante, le propre auteur de la loi de 1817. Quelle est, disait-il, cette responsabilité créée par la loi de 1817? Est-ce une responsabilité morale qui n'a aucune conséquence que le blâme des Chambres? Mais cette responsabilité existait par la nature des choses sans être instituée par aucun article de loi.

Si cette responsabilité est réelle, peut-on dire qu'on manque des moyens de l'appliquer, peut-on alléguer la rétroactivité? Ce système serait applicable à l'accusation et au jugement des ministres et à toute la juridiction que la charte a attribuée à la Chambre des pairs.

Suivant la proposition de sa commission, la Chambre des pairs accorda la dépense en réservant la responsabilité prévue par l'art. 151 de la loi du 25 mars 1817. Mais la Chambre des députés rejeta définitivement le crédit.

On a supposé que la dépense fut payée par les fonds secrets; car elle ne figure pas, comme d'autres dépenses rejetées depuis par les Chambres, parmi les découverts du trésor.

Il y a en effet quatre dépenses de cette espèce inscrites à la dette flottante dans les différents comptes généraux de l'administration des finances : la première en réservant une poursuite qui ne fut jamais ouverte, les autres « comme des souvenirs de blâmes infligés aux ministres ordonnateurs ou à leurs bureaux. »

La première créance de l'État est de 371,051 francs; elle représente le montant de distributions faites aux troupes pendant les journées de juillet 1830, sur mandats délivrés sans crédit correspondant par M. de Montbel, ministre des finances.

Les commissaires nommés par la Chambre des députés pour soutenir le procès des ministres de Charles X durent se borner à cet égard à prendre des réserves : la Chambre n'en avait pas fait un chef exprès d'accusation; on ne pouvait donc prendre de conclusions à fin civile.

Digitized by Google

En 1833, la Chambre régla les comptes de 1830. La commission demandait le rejet de cette dépense illégale, tout en déclarant qu'elle n'avait pas d'autre devoir que celui d'examiner la légitimité de l'allocation, Mais le débat porta sur les conséquences du rejet. Le ministre des finances, M. Humann, croyait que la Chambre ne pouvait repousser le crédit qu'en mettant le ministre en accusation. C'était dépouiller le principe de responsabilité civile de toute sanction, la Chambre ne voulant pas recourir à ce moyen si grave pour obtenir un résultat disproportionné avec la procédure mise en mouvement. M. Rihouet voulait avec raison distinguer entre le crime et la faute grave, réservant au premier la mise en accusation et admettant, dans la seconde hypothèse, le simple rejet du crédit comme l'expression légale de la désapprobation donnée à l'acte ministériel. Cette décision avait pour effet moral de jeter un blâme sur le ministre, pour effet matériel de transporter immédiatement la dépense parmi les avances du trésor, dans son actif, jusqu'à ce que tout espoir de recouvrement fût perdu. « Ici, disait M. Rihouet, il y aurait encore une prolongation de la peine, car chaque année on viendrait faire repasser sous les yeux de la Chambre ce déficit réel, quoique déguisé, et il apparaîtrait comme un monument de la justice du pays et comme une grande leçon pour les ministres présents et à venir ».

La Chambre rejeta d'abord le crédit sans motif; elle adopta ensuite, sur la proposition de M. Isambert, un article conçu en ces termes :

« Dans tous les cas où les Chambres auront rejeté des dépenses portées au budget de l'État, il sera pris immédiatement, à la diligence de l'agent judiciaire du trésor, toutes mesures conservatoires par voie de contrainte administrative contre les ministres ordonnateurs, sauf leur recours contre les parties prenantes. »

La Chambre des pairs repoussa cet article additionnel et rejeta définitivement la dépense. Elle fut guidée dans sa décision par l'opinion de M. le comte Roy, soutenant à nouveau l'opinion déjà exprimée par M. de Barante en 1829 et n'impliquant aucune différence entre le crime et la faute grave. Pour établir la responsabilité encourue par les ministres, il fallait un jugement; il

Digitized by Google

n'appartenait qu'à la Chambre des députés de les accuser, qu'à la Chambre des pairs de prononcer. M. Roy s'élevait contre l'article additionnel de M. Isambert, soutenant qu'en matière aussi importante, on ne pouvait légiférer par voie d'amendement et qu'il fallait une loi, si l'on voulait déterminer les différents cas de responsabilité des ministres et établir d'autres modes d'exécution que l'accusation devant la Cour des pairs.

Le second exemple du même genre fut donné en 1835. Il s'agissait d'une créance de 270,560 francs résultant du rejet d'une dépense prononcé lors du règlement du budget de 1832. En 1833, la Chambre avait déjà repoussé un crédit supplémentaire légalement ouvert au ministère de la guerre et destiné à couvrir cette dépense déjà consommée. Elle se rattachait à l'arriéré de la guerre et formait le solde de fournitures faites en Espagne, sous l'Empire, aux troupes de la garde du roi Joseph, commandées par des officiers français dont la responsabilité était en jeu. C'était une dette du gouvernement espagnol, avait déclaré la commission de révision de l'arriéré. Cette affirmation était toutefois en contradiction avec la reconnaissance de cette dette faite par six ministres de la guerre successifs et avec l'ordonnancement du ministre des finances qui en avait autorisé la liquidation.

Sur la proposition de la commission, la Chambre rejeta le crédit, mais sans incriminer aucun ministre individuellement.

Une proposition analogue fut adoptée en 1840, ou plutôt le blâme de la Chambre s'adressa aux bureaux du département de la guerre. Un crédit de 1,650 francs avait été compris dans une demande présentée à la Chambre des députés en 1839, rejeté, puis reproduit dans le projet de règlement du budget de 1838. Ce crédit devait couvrir une indemnité destinée à des entrepreneurs chargés d'exécuter en 1831 des travaux de fortification. Tout en proposant le rejet, la commission déclarait qu'elle ne voulait attaquer en aucune façon le ministre de la guerre, décédé depuis lors. Mais les travaux qui auraient dû être terminés en 1831, ne l'avaient été qu'à la fin de cette année et avaient été payés alors sans contestation. En 1835 seulement, les entrepreneurs avaient réclamé une indemnité. Les bureaux de la guerre avaient insisté

Digitized by Google

à maintes reprises auprès des officiers du génie pour les engager à conclure en faveur de l'allocation.

S'expliquant au nom de la commission sur les conséquences légales du rejet, M. Lacrosse déclarait, il est vrai, qu'il n'y avait pas lieu de présumer que dans aucun temps on pût faire peser une responsabilité pécuniaire sur la famille du ministre; mais, du refus de la Chambre devait résulter un blâme prolongé, itératif, seul moyen de prévenir le retour de pareils abus. « Ces actes de rigueur législative, disait-il, sont une garantie pour les ministres eux-mêmes; car qui d'entr'eux peut se croire à l'abri des obsessions et de l'intrigue... »

Enfin voici une dernière somme de 5.000 fr., rejetée en 1841 des crédits supplémentaires demandés pour l'exercice 1840 et ne représentant dans la comptabilité publique qu'un crédit pour le trésor.

On avait payé la dépense sur un crédit ouvert dans les formes légales, mais soumis à l'approbation des Chambres. Cette dépense était celle des frais d'une mission confiée par M. Thiers, alors président du conseil et ministre des affaires étrangères, à un homme de lettres pour aller étudier aux colonies la question de l'esclavage et de l'émancipation des noirs. « Dans cette mission était intervenu, auprès du conseil colonial de la Guadeloupe, un publiciste qui, précédemment, dans les journaux et les revues, avait soutenu que l'esclavage était indispensable à l'existence même des colonies et qui était muni d'une lettre de recommandation du gouvernement.

« MM. Passy et de Tracy accusaient l'ancien président du conseil d'avoir ainsi combattu les tendances d'une commission que lui-même avait instituée, sous la présidence de M. le duc de Broglie, pour étudier la question de l'émancipation. » Le crédit avait été repoussé en 1841, malgré les protestations de M. Thiers qui n'était plus au pouvoir. Deux ans après, lors du règlement définitif du compte où la dépense n'était plus comprise, on décida qu'elle serait inscrite parmi les découverts du trésor. C'était blâmer directement l'auteur de la dépense; toutefois, estimant sans doute que ce rejet avait été motivé par des raisons politiques, ce dernier ne songea jamais à restituer au trésor une

Digitized by Google

somme que l'on n'avait point mise nominativement à sa charge.

Ces différentes résolutions, votées par les pouvoirs publics, démontraient sans doute leur volonté d'établir nettement le principe de la responsabilité civile, mais ils mettaient en même temps en lumière l'impossibilité, en l'absence d'une loi positive, de le faire passer dans la réalité des faits. Avant même que ces exemples en eussent démontré la nécessité, divers projets avaient été déposés sur la responsabilité ministérielle en général.

Lorsqu'on les passe en revue, on remarque que dans les premiers qui virent le jour sous la Restauration, la responsabilité civile n'est pas définie. La responsabilité est purement criminelle : ainsi en est-il de deux propositions déposées en 1816. Dans la seconde, celle du comte de Lally-Tollendal, un ministre se rend coupable de concussion... « Lorsqu'il détourne de leur destination les deniers publics assignés aux dépenses de l'État. »

En 1817, M. Pasquier présente un projet d'une rédaction analogue. Bien plus, en 1819, M. de. Serre est d'avis que malgré le texte de l'art. 56 de la Charte, il n'est pas nécessaire de définir les cas de trahison et de concussion, vu l'impossibilité de le faire complètement. « L'intérêt de la justice même réclame l'intervention de l'arbitraire. » Toutefois, le rapporteur de ce nouveau projet, M. Courvoisier, est plus affirmatif et fait rentrer dans le crime de concussion « le cas où les ministres excèdent le crédit qui leur fut ouvert par une loi. »

La Charte de 1830 vient remettre la question de responsabilité ministérielle à l'ordre du jour. M. Devaux établit nettement la responsabilité civile en la déclarant engagée « par toute atteinte à la fortune de l'État résultant d'une faute grave dans la surveillance et l'exécution des lois et règlements relatifs aux comptables et à la conservation du domaine public. » Cette responsabilité est également encourue dans les cas d'ouverture illégale d'un crédit. Toute résolution des Chambres portant dénonciation pour l'un de ces cas pouvait donner lieu à une action civile sur les biens des ministres. Toutefois, quelques jours après, le 12 décembre 1832, le gouvernement prenait l'initiative d'une loi d'où la responsabilité civile était bannie.

Ce ne fut que le 16 mars 1835 que s'ouvrit devant la Chambre

Digitized by Google

des députés la discussion sur un nouveau projet du gouvernement, dépose un an auparavant. La Chambre adopta d'abord un article général rédigé en ces termes : « Il y a prévarication de la part des ministres lorsqu'ils compromettent sérieusement les intérêts de l'État, par la violation ou l'inexécution des lois, ou par l'abus du pouvoir qui leur est légalement conféré. » Au cours de la discussion, M. Bérenger avait soutenu l'opinion qu'il ne s'agissait ici que de responsabilité criminelle et que la responsabilité civile qui pouvait être encourue devait découler de toute faute grave dans la gestion des finances. » Au contraire, la commission demandait l'insertion d'une clause établissant cette responsabilité civile d'une façon absolument déterminée ; elle proposait la rédaction suivante : « Lorsqu'un ministre aura dépassé les crédits ouverts par le budget à son département et que les crédits supplémentaires ou extraordinaires par lui demandés auront été rejetés, la Chambre des députés pourra, suivant les circonstances, l'accuser de prévarication. La Cour des pairs, en statuant sur l'accusation, pourra mettre à la charge du ministre tout ou partie de la dépense rejetée. »

M. Sauzet, rapporteur, motivait cette disposition de la façon suivante : « Nous n'avons pas voulu laisser le trésor et le budget à la discrétion des ministres, et quand, par une impardonnable légèreté ou une coupable affectation, le ministre se sera fait un jeu de désobéir à la loi et de dépasser les crédits, il sera libre à la Chambre de voir dans la violation de la loi des finances les caractères d'une prévarication. »

M. Persil, garde des sceaux partagea l'avis de la commission. Il combattait le système de M. Bérenger en le représentant comme imposant au ministre toutes les erreurs commises par ses subordonnés. Le projet de la commission, ajoutait-il, ne punissait que la faute personnelle du ministre, la faute tellement grave, il est vrai, qu'on pouvait la regarder comme une prévarication ; mais il permettait à la Cour des pairs, après avoir acquitté le ministre sur le crime, de le condamner à réparer le dommage par lui causé.

La Chambre adopta définitivement le projet de la commission en l'atténuant ; ce dernier portait que le ministre pourrait être

Digitized by Google

accusé de prévarication « suivant les circonstances »; elle substitua à ces ces mots ceux de « en cas de faute grave ».

Sur ces entrefaites, le rapporteur de la Chambre était devenu garde des sceaux. Il semblait que M. Sauzet dût se souvenir à la chancellerie de ses principes de commissaire et les défendre devant la Chambre haute. Il ne le fit, dans son exposé des motifs, que d'une façon tellement atténuée, que cela équivalait à un abandon : « La responsabilité civile pécuniaire pour la réparation du préjudice causé par un crime ou un délit est admise comme conséquence de la responsabilité criminelle dans les cas où celle-ci se trouve encourue. » En définitive, c'était criminaliser pour ainsi dire la responsabilité civile et l'ériger en prévarication. M. Barthe, rapporteur, combattit ce point de vue en démontrant que le projet créait de cette façon une prévarication d'où l'idée criminelle était absente. Ce n'est pas violer la loi que d'excéder les crédits quand on se conforme aux dispositions légales. « Déclarer un ministre prévaricateur parce qu'il s'est trompé, même grossièrement, est contraire à tous les éléments de morale et de justice. »

La Chambre des pairs adopta cette opinion en repoussant l'article relatif à la responsabilité civile et elle voulut définir la prévarication d'une façon plus étroite, en qualifiant de « criminel » l'abus de pouvoir faisant tomber les ministres sous l'inculpation de ce crime. Le résumé de ces débats montre la vérité de cette conclusion que l'on avait annoncée plus haut : la Chambre admet sans doute la responsabilité civile, mais elle la restreint tellement qu'elle veut en faire un crime, l'assimiler à la prévarication, n'en faire même qu'une conséquence de celle-ci ; dès lors un article spécial est inutile et la responsabilité civile est supprimée.

Sans parler de la proposition déposée il y a quelques années à la Chambre par M. Pascal Duprat, la dernière tentative législative a eu pour seule intention de viser le simple cas de responsabilité civile, sans chercher à le faire dépendre d'aucun crime préalable.

Il est superflu d'entrer dans le détail de l'affaire qui fut la raison d'être de cette proposition. Il suffit de rappeler en quelques

Digitized by Google

mots que dans l'espèce il ne s'agissait plus d'un ministre excédant par erreur les crédits à lui impartis, mais d'un ministre présentant à la Chambre, pour l'appropriation d'un bâtiment à un service public, un crédit qu'on l'accusait de savoir notoirement insuffisant, obligeant ainsi les pouvoirs publics à parfaire ultérieurement la dépense commencée. Il y avait là faute grave engageant la responsabilité pécuniaire de l'ordonnateur sans qu'il y ait lieu de mettre en mouvement aucune procédure de mise en accusation.

M. Guichard demanda et la Chambre vota le 22 janvier 1881 l'adoption d'une résolution invitant « le ministre des travaux publics et le ministre des finances à recueillir des informations sur le point de savoir s'il n'y avait pas lieu d'appliquer dans l'espèce les règles de la responsabilité ministérielle. » Ce vote fut renouvelé en juin 1881. Enfin le 28 juillet suivant, vu l'art. 6 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, les art. 1832, 1383 et 1992 du Code civil, la Chambre invitait le gouvernement à exercer une action en indemnité contre M. Caillaux. Le gouvernement ne se crut pas suffisamment autorisé par les textes cités ; il manquait de base juridique pour asseoir son action ; il se heurtait de plus à une grave question de compétence que l'on examinera plus loin. M. Humbert, garde des sceaux, tout en affirmant la responsabilité civile, démontra ce double point de vue à la tribune de la Chambre des députés, le 4 mai 1882, en réponse à une interpellation de M. Guichard [1]. Ce dernier, ne

[1] Le 1er juin 1886, la Chambre des députés vota de nouveau une résolution analogue à celle de 1881. Elle a été tout aussi platonique.

Enfin, dans la session extraordinaire de 1887, M. Remoiville, député, a déposé une proposition de loi, adoptée par la commission d'initiative.

Aux termes de cette proposition, tout ministre qui, dans la gestion des affaires de l'Etat, aurait commis une faute lourde, conséquence de l'inexécution des mesures prescrites par les lois, ordonnances, décrets ou règlements, serait responsable du dommage causé au trésor ; l'action en réparation serait portée devant un comité comprenant les membres de la Commission des finances du Sénat, les membres de la commission du budget, le président de la Cour des comptes et le procureur général près cette cour.

La question est revenue tout récemment à la Chambre sur le tapis à

Digitized by Google

se tenant point pour convaincu, voulut suppléer à l'insuffisance de nos lois en proposant que le « ministre qui, dans la gestion des affaires de l'Etat, aura commis une faute lourde, conséquence de l'inexécution volontaire des mesures prescrites par les lois, ordonnances ou règlements d'administration publique, pourra, à la suite d'une information parlementaire et sur l'initiative de la Chambre des députés, être renvoyé devant les tribunaux ordinaires, pour réparations civiles. »

Dans son rapport sur cette proposition, M. Antonin Dubost admet pleinement cette responsabilité, mais il repousse la compétence des tribunaux civils.

Le rapport de M. Dubost n'a fait l'objet d'aucun débat à la Chambre; si l'on veut rechercher les arguments qui militent en faveur de cette responsabilité civile ou ceux qui tendent à la repousser, il faut se reporter à la discussion de 1835 à la Chambre des députés et de 1836 à la Chambre des pairs.

A cette époque, et actuellement même, jusqu'à ce qu'un texte soit venu trancher le débat, il y a trois systèmes en présence; celui qui repousse toute responsabilité; celui qui l'admet, mais comme un crime donnant lieu à accusation devant les Chambres ou comme conséquence d'un crime; enfin celui qui affirme cette

propos des lois de règlement de compte des exercices antérieurs, et la discussion a mis en lumière la lacune de la loi à cet égard. Il s'agissait dans l'espèce du train spécial organisé pour transférer Don Carlos de la frontière d'Espagne à Boulogne. Le 24 mars 1889, la Chambre des députés votait, malgré l'opposition du ministre des finances, la résolution suivante : « M. le ministre des finances est invité à poursuivre par toutes les voies de droit contre le ministre responsable, qui a, sans la volonté et même contre la volonté formelle de la Chambre, indûment et illégalement fait supporter au Trésor les frais du train spécial ayant transporté don Carlos de Pau à Boulogne; la discussion a été rouverte à ce sujet dans la séance du 20 janvier 1890 au Sénat, lorsque la haute assemblée eut à ce discuter le règlement de l'exercice 1876, dans lequel cette dépense fut effectuée. La commission proposait la résolution suivante : « Le Sénat, constatant qu'aucune disposition légale ne permet d'exercer une action en indemnité contre les ministres ordonnateurs, appelle de nouveau l'attention du gouvernement sur l'insuffisance de la législation existante en matière de responsabilité ministérielle. » Mais après avoir entendu les explications absolument loyales de M. de Marcère, le ministre de l'intérieur d'alors, la commission retira sa proposition pour ne pas paraître lui infliger un blâme indiscret.

Digitized by Google

responsabilité, s'il y a eu simplement faute grave et sans crime d'aucune sorte.

Les partisans de l'irresponsabilité civile des ministres arguent tout d'abord du caractère des obligations qui lient le ministre aux pouvoirs publics. C'est faire fausse route que d'assimiler ce contrat au mandat civil. Le ministre n'est pas uniquement un mandataire chargé de faire valoir le plus avantageusement possible au point de vue pécuniaire les revenus de l'État. Le mandat politique qu'il a reçu des Chambres doit être le premier objet de sa fonction. On ne saurait par conséquent lui appliquer les règles strictes du mandat civil. Le ministre peut-il répondre, comme le veut l'art. 1991 du Code civil, des dommages-intérêts qui pourraient résulter de l'inexécution du mandat? Quand pourra-t-on dire que le mandat n'a pas été exécuté? Sera-ce par exemple lorsque tel ministre aura négligé telle opération financière qu'il croyait mauvaise alors qu'elle était bonne? Mais rien dans les ordres du mandant ne précisait la nature des négociations à entreprendre dans l'intérêt de l'État. Le vague du contrat crée l'impunité. L'article suivant décide que le mandataire salarié répond des simples fautes. Comment un ministre peut-il connaître du jour au lendemain toute son administration et encourir surtout les conséquences des actes de celle-ci?

A ces raisons juridiques, il faut ajouter ces puissantes considérations de fait. A vouloir enfermer un ministre dans ce réseau serré des responsabilités, on risquerait d'éloigner de ces fonctions élevées les hommes capables et honnêtes, mais qui craignent de voir leur fortune personnelle diminuée ou absorbée après quelque temps de ministère par suite des sommes que l'État pourrait leur réclamer pour les erreurs de leur administration. On verrait alors au pouvoir des personnes qui n'ayant rien à perdre auraient tout à y gagner. Car lorsqu'il s'agit du budget de l'État, ce n'est pas par centaines que se chiffreraient les restitutions ou les réparations, mais par centaines de mille. S'agit-il simplement d'un ministre qui excède illégalement un crédit, il peut se présenter un cas où l'intérêt du pays l'exige. Si le ministre sait qu'on l'en rendra responsable, il s'abstiendra, dût la chose publique en souffrir.

Digitized by Google

Sans méconnaître la gravité des inconvénients découlant de la responsabilité civile, les défenseurs de celle-ci montrent à leur tour quelle serait la situation des Chambres désarmées vis-à-vis d'un ministre qui dépense illégalement ou qui excède un crédit contrairement à la loi. A quoi bon voter un budget s'il n'est pas respecté ? Les intérêts de l'État doivent-ils être moins sauvegardés que ceux d'un particulier? Il ne s'agit nullement ici d'une analogie avec le mandat. Ce ne sont pas les simples erreurs qui doivent donner lieu à réparation, mais le dol, l'erreur volontaire et intentionnelle d'un ministre employant illégalement ou dépassant un crédit, ou même trompant à dessein le parlement sur l'évaluation d'une dépense. La loi a été violée et il n'y aurait pas de sanction.

C'est précisément pour l'établir que l'on diffère sur les moyens.

Les uns disent : « Assimilons le dol à la prévarication et faisons-en un chef d'accusation criminelle devant la Chambre. La Chambre haute jugera le crime et pourra même, au cas où elle déclare qu'il n'y a pas eu intention criminelle, mettre tout ou partie de la dépense à la charge du ministre. » C'était le système adopté en 1835 par la Chambre des députés sur le rapport de sa commission.

A cette opinion, il est facile d'objecter — et ce fut la raison du rejet de l'article par la Chambre des pairs en 1836, — que c'est créer un crime nouveau. Il faut un effort de raisonnement pour faire rentrer sous la grave prévention de prévarication des abus de pouvoir que l'on veut réprimer. S'ils ne paraissent pas excessifs à la Chambre, celle-ci reculera devant l'obligation de mettre en mouvement cette lourde procédure de la mise en accusation, et il n'y aura aucun moyen d'obliger le ministre à donner réparation. Pourquoi ne pas établir en termes clairs et d'une façon modérée ce principe de responsabilité que la plupart des hommes politiques et tous les auteurs reconnaissent, et qu'ont proclamé M. Dufaure en 1872 et M. Humbert en 1882? Limiter la responsabilité afin de ne pas en faire un instrument de vengeance de la part d'une Chambre et l'appliquer ensuite sans la grande mise en scène d'une accusation, mais avec un résultat plus pratique, telles sont les lignes générales d'un projet de loi, qui, réduit à

Digitized by Google

cette mesure, ne comporterait pas une discussion d'une grande envergure, mais constituerait un progrès utile de la législation.

II. — *Compétence.*

Quels que puissent être les termes dans lesquels la responsabilité civile des ministres pouvait être formulée, le Parlement français a manifesté à maintes reprises la volonté de mettre ce principe en action, dans ces dernières années en particulier par les trois ordres du jour dirigés contre un ancien ministre des travaux publics. Pourquoi ces résolutions sont-elles toujours restées sans effet, pourquoi a-t-on toujours abouti à une impasse? C'est qu'il ne suffisait pas de proclamer cette responsabilité, il fallait encore désigner le tribunal compétent. Devant qui serait porté le débat, si le ministre visé se refusait à s'exécuter? Dans notre organisation politique on est amené à une incompétence de tout tribunal saisi du litige : M. le Garde des sceaux l'établissait nettement à la tribune de la Chambre en répondant à M. Guichard. Ce n'est point la Cour des comptes qui pourrait proclamer cette responsabilité. La Cour ne juge que les comptables et ne fait que contrôler le ministre, qui est un ordonnateur, en se bornant à signaler les fautes commises dans un rapport distribué aux pouvoirs publics. Le Conseil d'État non plus ne peut trancher la question. Ce n'est qu'exceptionnellement qu'il est appelé à décider des cas de responsabilité, et d'ailleurs il s'agit ici d'un acte de pure administration, d'un acte gouvernemental au premier chef, qui échappe d'une façon incontestable à sa compétence.

Ainsi aucun recours n'est ouvert devant la juridiction administrative.

La juridiction civile peut-elle en connaître? Certainement diront les partisans de la théorie du ministre mandataire civil de l'État : il y a eu contrat inexécuté, le droit commun est applicable. Aucun tribunal d'exception n'étant institué, la compétence ordinaire du tribunal civil s'applique. Sinon, le principe de la responsabilité étant reconnu, il ne serait que lettre morte! La question est des plus simples : dans sa loi de règlement de compte, le parlement rejette une dépense; par le fait même, elle le met au

Digitized by Google

compte du ministre et si celui-ci résiste, le tribunal l'y contraint en visant le rejet des Chambres.

En droit civil, ce raisonnement serait irréprochable; seulement il ne s'agit pas ici de droit civil, mais de droit public; il n'y a pas eu litige entre deux parties privées, mais entre les ministres et l'État. Or la séparation des pouvoirs s'oppose au jugement des ministres par un tribunal de l'ordre judiciaire. Le ministre a excédé ses crédits, il a commis une faute dans sa gestion; il s'agit d'apprécier des actes administratifs, d'en juger la légalité : le tribunal est absolument incompétent; sinon, la séparation des pouvoirs n'existe plus. Il n'y aura donc dans l'État aucune juridiction qui puisse établir cette responsabilité.

Mais, dira-t-on : s'il n'en existe pas, faites œuvres de législateur; dans la loi de responsabilité dont vous reconnaissez la nécessité, créez la compétence. Laquelle? Celle de la Cour des comptes.

Si l'on conserve son organisation actuelle, dans laquelle l'ordonnateur est absolument indépendant de la Cour, il serait assez singulier de traduire devant cette dernière un ministre atteint par une décision des Chambres.

Le Conseil d'État, placé à côté des ministres comme corps consultatif, et dépendant plus ou moins de ces derniers, ne pourrait non plus être institué juge de la question.

A l'objection capitale tirée de la séparation des pouvoirs, on répond en faveur des tribunaux civils que la question ne souffrira aucune difficulté : le parlement a rejeté cette dépense et l'a portée au compte du ministre; le tribunal n'aurait qu'à appliquer la sentence; il n'y a là qu'une question de vérification de chiffres; le débat ne s'ouvrirait pas. Mais il est facile de démontrer que le défenseur du ministre, — car il faudra bien en admettre un, — contestera d'abord le montant de ce chiffre; il invoquera ensuite des raisons de droit civil, plaidant devant un tribunal civil; il montrera que l'État a profité de la dépense faite et que nul, pas même l'État, n'a le droit de s'enrichir aux dépens d'autrui. Ne fût-ce que pour rejeter ces moyens, le tribunal devra les apprécier, et voilà comment il sera amené à décider la question de savoir en quelle mesure l'argent de la nation a pu être engagé, prérogative appartenant par son essence au seul parlement, qui

Digitized by Google

ne pourrait sanctionner une usurpation de ce genre. D'ailleurs, les partisans du tribunal civil se sont placés dans l'hypothèse la plus simple : celle où la somme dont le ministre est déclaré débiteur équivaut à celle dont il a excédé le crédit qui était à sa disposition; mais si l'on admet la responsabilité du ministre en cas de faute grave, la question devient plus compliquée. Supposons que les Chambres aient indiqué au tribunal le montant des dommages-intérêts dus au trésor : malgré tout, la quotité sera contestée devant le tribunal. L'avocat aura beau jeu à plaider que la dépense a été utile, qu'il y a eu gestion d'affaires profitable et que les juges doivent réduire l'indemnité. Voilà encore les deniers de l'État engagés par les décisions de l'autorité judiciaire; voilà surtout cette dernière jugeant la conduite des ministres et leur conduite politique dans telle ou telle affaire. L'indépendance des juges, dans notre organisation actuelle, sera-t-elle bien entière vis-à-vis d'un ancien ministre qui peut le redevenir le lendemain? Disposition des finances de l'État sans son consentement, situation défavorable du pouvoir judiciaire dans le procès, tels sont les deux graves inconvénients de la compétence du tribunal civil, sans compter l'abrogation du principe de la séparation des pouvoirs, qui est la base de notre droit public.

Aucune juridiction n'étant possible, c'est au Parlement qu'il appartient de prononcer la responsabilité civile : votant seul les crédits, c'est lui qui seul peut couvrir les dépenses d'un ministre ou les mettre à sa charge; c'est lui seul qui peut décider avec une indépendance complète. Il serait relativement aisé de trouver une procédure dans laquelle les prérogatives des deux branches du pouvoir législatif seraient également respectées et où le ministre incriminé pourrait faire valoir en toute liberté ses moyens de défense.

L'examen de la législation des pays étrangers montre bien qu'une solution de ce genre l'emporterait sur celles qui ont prévalu dans la plupart d'entre eux.

III. — *La responsabilité civile des ministres envers l'État à l'étranger.*

On peut classer en effet presque tous les États en trois catégo-

Digitized by Google

ries : ceux où ce genre de responsabilité n'existe pas, ceux où un contrôle préventif n'en nécessite pas la proclamation, et ceux où il est établi, sans doute, mais où il n'est qu'une conséquence de la responsabilité criminelle dont connaissent les parlements et les hautes cours de justice ; dans ce second cas, le tribunal saisi de l'action principale peut statuer accessoirement sur les responsabilités civiles encourues.

Ni la Prusse, ni l'empire d'Allemagne ne reconnaissent la responsabilité civile et pécuniaire des ministres vis-à-vis de l'État, dans les conditions nettement déterminées que nous avons posées.

Pour la Prusse, la constitution déclare que la responsabilité criminelle du ministre peut être mise en jeu par la Chambre. Toutefois, en l'absence d'une loi spéciale promise par cette même constitution et non encore promulguée, cette responsabilité criminelle est encore à l'état de lettre morte. De plus, aucun précédent parlementaire ne l'a affirmée, la pratique est en sens contraire, et, dans une étude sur le budget prussien, M. Paul Laband déclare qu'elle n'existe pas. Sans doute tout crédit doit être voté par le Parlement et toute dépense doit être approuvée par lui ultérieurement, mais le refus de ce bill d'indemnité ne met point à la charge du ministre la somme repoussée par les pouvoirs publics. On sait que pendant plusieurs années la Chambre prussienne refusa le budget de la guerre au gouvernement et que celui-ci passa outre sans qu'il en résultât aucun inconvénient pour les personnes alors au pouvoir. M. Laband cite un exemple très caractéristique. Pendant les années 1859 et 1860, il y avait au ministère des affaires étrangères une commission dont le traitement ne figurait pas au budget. Le ministre, signalant la nécessité d'une augmentation de personnel, démontrait qu'au point de vue de l'économie il était préférable d'employer des fonctionnaires auxiliaires plutôt que d'avoir une commission à traitement fixe. Le Landtag avait reconnu en principe l'utilité de la dépense que devait entraîner la rémunération de ces auxiliaires ; mais il n'avait apparemment inscrit aucun crédit correspondant, car des voix s'élevèrent au sein de la commission du budget de la Chambre de 1866-1867, lors de l'examen des comptes généraux des exercices 1859, 1860 et suivants, pour de-

Digitized by Google

mander la poursuite devant les tribunaux du ministre intéressé et lui faire restituer les sommes ordonnancées, mais cette mesure fut repoussée par la majorité. Un auteur de droit administratif très considérable aussi, le Dr von Rönne, admet au contraire la responsabilité civile d'un ministre dépassant ses crédits, mais, dit-il, en l'absence d'une loi spéciale, cette responsabilité reste purement morale.

M. Laband n'admet pas non plus la responsabilité civile au cas de faute de gestion d'un ministre portant préjudice aux intérêts du Trésor. Il ne reconnaît dans ce cas aucun tribunal compétent : ni le Lantag, ni aucun tribunal civil; le Parlement ne pourrait actionner le ministre devant cette dernière juridiction, ni contraindre l'administration de la caisse générale de l'État ou une caisse quelconque à intenter au ministre une action en dommages-intérêts.

L'auteur termine l'examen de cette question par cette réflexion : « Le Landtag ne peut donc que se refuser à voter les crédits dépassant ceux du budget et à décharger l'administration de ces dépenses. Le refus de la décharge peut être désagréable au gouvernement, mais il n'entraîne aucune conséquence pratique et il peut arriver que le ministère se résigne à se dispenser de cette décharge de la part du Landtag ou de l'une des deux Chambres. » Il est vrai qu'un peu plus loin l'écrivain admet que le gouvernement peut mettre le budget en exécution, en cas de refus du Parlement de le voter, contrairement à la plupart des auteurs.

Si de la Prusse l'on s'élève à l'Empire, on reconnaît le même état de choses. Le seul ministre responsable devant le Parlement impérial est le chancelier. M. Von Rönne déclare que toute dépense doit être autorisée au préalable ou après coup par le Bundsrath et le Reichstag, qu'en cas de refus de cette approbation, le gouvernement se place en dehors de la constitution, mais qu'alors il est impossible de dire à qui incombe la responsabilité, un juge compétent n'existant pas pour trancher la question. La décharge est donnée au chancelier par la loi de règlement des comptes; si celle-ci rejette telle dépense déterminée, la responsabilité du chancelier se trouve engagée aux termes de l'art. 17

Digitized by Google

de la constitution, mais cette responsabilité ne reçoit aucune sanction. On en arrive à une impasse que la constitution de l'Empire avait voulu éviter en promettant une loi proposée par le gouvernement, mais non votée, sur la formation du budget de l'Empire.

La législation de la Hollande présente une lacune du même genre. Dans le projet proposé par le gouvernement et qui est devenu la loi du 22 avril 1855, on avait voulu introduire le principe de la responsabilité civile. Jugeant les dispositions qui y étaient relatives incomplètes, la seconde Chambre des Etats généraux estima qu'il valait mieux les faire figurer dans une loi spéciale réglant la comptabilité générale de l'Etat, et la loi de 1855 promit ce renvoi. Mais les divergences d'opinion concernant le système à suivre en fait de comptabilité publique ont fait échouer les tentatives maintes fois répétées de régler cette question.

Il est moins nécessaire d'établir la responsabilité civile d'un ministre dans un État où la Cour des comptes surveille l'ordonnancement des dépenses. Il en est ainsi en Italie : les décrets des ministres relatifs aux finances sont préalablement soumis au contrôle constitutionnel de la Cour des comptes. Si celle-ci les considère comme irréguliers, elle les vise en se réservant de les dénoncer au Parlement. Dans la plupart des cas, le ministre n'osera pas passer outre. Dans le cas contraire, il est probable que le Parlement pourrait en faire un chef d'accusation et mettre en cause la responsabilité criminelle du ministre. Si le Parlement ne jugeait pas devoir prendre cette mesure extrême, le vide causé dans le budget par ce dépassement de crédits pourrait être comblé par le fonds pour dépenses imprévues qui existe au budget italien.

Le système belge présente un caractère analogue. Le ministre des finances n'y autorise le paiement d'une ordonnance que lorsqu'elle porte sur un crédit ouvert par la loi. Aucune sortie de fonds ne peut se faire sans son concours et sans le visa préalable et la liquidation de la cour des Comptes, sauf les exceptions établies par la loi. Dans les limites où ces dépenses sont dispensées du visa préalable, les erreurs et les fautes de gestion ne sont pas à craindre. Mais la loi belge établit alors une responsabilité rigou-

Digitized by Google

reuse en ce qui touche les paiements. En vertu de l'art. 18 de la loi du 15 mai 1845 sur la comptabilité de l'État, « les ordonnateurs sont responsables des paiements mandatés par eux, contrairement aux lois et règlements d'administration ; le règlement général pris en exécution de cette loi stipule que « tout double emploi dans les dépenses, tout paiement opéré indûment, entraîne la responsabilité de l'ordonnateur, » sauf son secours contre ses agents, ainsi que contre les personnes qui ont touché indûment sur leur ordre ou signature.

Le Portugal ne possède pas encore de loi sur la responsabilité. Un débat approfondi s'ouvrit en 1880 à la Chambre basse sur un projet présenté par le gouvernement et adopté par les députés avec quelques amendements. L'un des chefs de responsabilité pénale qui y était inscrit était celui de dissipation de deniers publics, et trois cas de dissipation y étaient indiqués : 1° les ministres ordonnent des dépenses non autorisées par la loi ou excédant celles prévues, ou bien ils n'observent pas les formalités légales, 2° ils font des contrats préjudiciables pour l'État ou omettent les formalités légales ; 3° par manque de vigilance, ils ont dépensé ou laissé dépenser plus qu'il n'était nécessaire pour atteindre le but de la loi qui a autorisé la dépense. Dans tous ces cas les ministres pouvaient être accusés au criminel, mais l'on voit que pour arriver à prononcer leur responsabilité civile, il fallait les accuser de l'infraction grave d'avoir dissipé les deniers publics. Il est vrai qu'une dernière disposition de cette loi décidait que la responsabilité civile des ministres se réglait d'après les principes du Code civil et serait jugée par les tribunaux ordinaires ; mais il s'agissait là tout d'abord de leur responsabilité vis-à-vis des particuliers et rien dans la discussion à la Chambre ne montre qu'il fût question de leur responsabilité pécuniaire vis-à-vis de l'État. Du reste jusqu'à présent, la loi entière a échoué devant l'opposition de la Chambre haute.

Il ne reste plus à indiquer qu'un seul pays qui n'admette en aucune façon la responsabilité civile des ministres. C'est la Suède. Le § 5 de la loi du 10 février 1810, établit la responsabilité criminelle, mais aucun texte ne mentionne la responsabilité civile, et celle-ci n'existe absolument pas. Chose bizarre, les autres

Digitized by Google

ordonnateurs des dépenses publiques sont soumis par le Code pénal, pour les infractions commises dans l'exercice de leurs fonctions, aux peines édictées au chapitre 25, et encourent aussi la responsabilité civile (§ 1 du chapitre 6 sur les dommages-intérêts). L'action en responsabilité civile est intentée en même temps et devant le même tribunal que la poursuite criminelle.

Voici maintenant plusieurs pays qui reconnaissent cette responsabilité, mais comme un accessoire inséparable de la responsabilité criminelle. Celle-ci doit être établie pour que celle-là puisse être éventuellement proclamée. Pour chercher le premier exemple de ce genre, il n'est pas besoin de quitter la Scandinavie : en Norwège nous la trouvons déjà. Les membres du Conseil d'État (ce sont les ministres) et les autres ordonnateurs des dépenses publiques, convaincus d'une infraction dans l'exercice de cette branche spéciale de leurs fonctions, sont civilement responsables du préjudice qu'ils auront pu causer à l'État (§ 23 de la loi du 7 juillet 1828 sur la responsabilité des membres du Conseil d'État et § 1 du chapitre 26 du Code pénal). Les tribunaux compétents sont, quand il s'agit d'un conseiller d'État, une cour spéciale, la Cour du Royaume, formée en vertu du § 86 de la loi fondamentale; pour les autres ordonnateurs, ce sont les tribunaux ordinaires. Mais la différence capitale qui existe entre eux, c'est que les ministres n'encourent la responsabilité civile qu'au cas où ils ont été poursuivis criminellement. Tout autre ordonnateur est au contraire civilement responsable de tous ses actes, même de ceux qui n'auraient pas entraîné de poursuite, toutefois une certaine marge est laissée à la négligence ou à l'imprudence.

En Autriche, la loi du 25 juillet 1867 a établi pour les ministres un système analogue. L'art. 6 déclare que « tout ministre pourra être poursuivi devant les tribunaux ordinaires pour la réparation des torts causés à l'État (ou à un particulier) par un acte reconnu illégal par le tribunal d'État. La poursuite ci-dessus ne pourra avoir lieu qu'en tant que l'acte illégal, cause du dommage aura provoqué la mise en accusation du ministre. » Ce droit appartient à chacune des Chambres du Reichsrath. Le tribunal d'État est composé de vingt-quatre « citoyens indépendants et

Digitized by Google

connaissant la loi (gesetzkundige), appartenant aux royaumes et pays représentés au Reichsrath, » et choisis par moitié par chacune des Chambres en dehors de leur sein et pour six ans. Après avoir statué au criminel, le tribunal d'État tranche la question des dommages dûs par le ministre ou la renvoie aux tribunaux ordinaires, s'il ne possède pas tous les éléments qui lui sont nécessaires.

En Hongrie, au contraire, il n'existe ni lois ni règlement spécial à ce sujet. Mais comme la législation transleithane n'admet aucune exception au principe de la réparation pécuniaire pour les dommages causés volontairement ou par suite de négligences grossières, cette loi est applicable aux fonctionnaires, publics partant aux ministres aussi bien qu'à tout autre citoyen.

La constitution espagnole ne mentionne que la responsabilité criminelle des ministres. On en a conclu avec raison que la responsabilité civile, seule et indépendante, n'existe pas. Mais une fois le ministre mis en accusation par le Congrès et jugé par le Sénat, celui-ci doit statuer sur la responsabilité civile qu'il a pu encourir et à cet égard il est soumis à certaines règles précises. L'art. 21 de la loi de comptabilité du 25 juin 1870, déclare que le ministre qui rend une décision contraire aux intérêts publics sera soumis à la responsabilité prévue par le Code pénal à l'égard des individus inculpés de fraude, et l'art. 34 ordonne que les ministres qui appliqueraient indûment les revenus des finances soient traités comme coupables d'escroquerie, conformément au Code pénal. On voit fort bien se dégager ainsi le caractère exclusif de cette procédure qui ne permet de faire restituer à l'Etat par le ministre qu'en l'accusant d'une faute grave. Cette responsabilité criminelle n'a été mise en jeu qu'une fois en Espagne : ce fut contre MM. Agustin Esteban Collantes, et Joaquin Marie de Mora, l'un ministre, l'autre directeur général des travaux publics. Le procès criminel fut porté devant le Sénat et aboutit à l'acquittement du premier et à la condamnation du second à la peine applicable et à la responsabilité civile qui en était la conséquence.

Le Brésil a suivi ce système. L'art. 6 de la loi du 25 octobre 1827, porte que « les ministres sont responsables pour dissi-

Digitized by Google

pation des deniers publics en ordonnant des dépenses non autorisées par la loi, ou en les faisant contrairement à la forme en laquelle elles sont autorisées, ou en faisant des contrats préjudiciables à l'Etat... Les peines pour les délits ci-dessus sont les mêmes que celles appliquées aux délits compris dans le § 1 de l'art. 3 (c'est-à-dire la suspension d'emploi pour 2, 4 et 6 ans), plus la réparation du dommage. » Toutefois, depuis 1827 il n'a pas été fait application une seule fois de ces dispositions. Il s'est cependant produit il y a quelques années une circonstance où il semble qu'on eût pu faire usage de la loi. Le vicomte de Rio Branco, ministre des finances et président du Conseil, avait acheté les traites dont le gouvernement brésilien a besoin pour ses opérations de trésorerie, au banquier baron Mana, et la faillite presque immédiate de ce banquier obligea M. de Rio Branco à déclarer devant le Parlement que son opération entraînait pour le Trésor une perte de 6,000 contos (environ 15 millions de francs). Le préjudice était en réalité encore plus considérable. L'impression fut très vive et un citoyen brésilien formula une demande de mise en accusation contre le ministre. Mais tout en admettant que le ministre s'était laissé entraîner par son amitié pour le baron Rio Mana, on estima que l'honnêteté personnelle de M. Rio Branco ne pouvait être suspectée et qu'il n'y avait pas lieu de le rendre matériellement et judiciairement responsable de l'acte irréfléchi qu'il avait commis, quelque dommage qu'il infligeât à l'Etat; la seule conséquence fut la retraite de M. Rio Branco, peu de temps après. Ici encore le Trésor avait souffert de l'absence d'un texte permettant de faire restituer au ministre sans mettre en cause son honorabilité. On avait reculé devant une accusation criminelle dont on ne trouvait pas le fondement et l'argent n'était pas rentré dans les caisses de l'Etat.

En Grèce également on poursuit par la voie criminelle les fautes et les illégalités des ministres; à s'en tenir au texte de la loi spéciale qui régit la matière (loi du 11 (23) mai 1877), il semble même qu'il n'est point question de façon accessoire d'une réparation civile envers l'État; mais celle-ci est probablement de droit, car la loi est assez sévère au point de vue des pénalités. « La poursuite pénale pour négligence, dit l'article 1°, est per-

Digitized by Google

mise contre le ministre qui, par un acte positif ou par omission, aura violé les dispositions de la constitution ou des lois, si par cette violation les intérêts essentiels de l'État ont été lésés. » — « Seront responsables (art. 4) de l'émission des ordonnances de paiement ou de délégation, et au même degré, les ministres et les chefs de sections compétents, ainsi que le directeur de la comptabilité générale des finances qui aura apposé son visa, en cas d'excédent des crédits alloués. » La haute Cour de justice est compétente.

Il ne peut être question d'une responsabilité ministérielle aux États-Unis, telle que nous l'entendons en Europe. Les ministres n'y sont pas politiquement responsables devant les Chambres. C'est au contraire le Président qui gouverne et c'est de lui que dépendent les chefs des divers départements, qui ne sont guère que des fonctionnaires supérieurs. Toutefois la question de responsabilité civile se pose également dans la République américaine. Qu'arrivera-t-il si le Président ou l'un des ministres excède les crédits ou engage l'État dans une dépense qui est due à sa faute? Il existe dans la constitution le droit d'impeachment ou d'accusation de la Chambre des représentants à l'encontre du Président ou des ministres. Si l'accusation est admise par la Chambre, elle est portée au Sénat qui juge, mais qui ne prononce qu'une peine vraiment politique : la destitution et l'incapacité d'occuper à l'avenir une fonction du gouvernement. L'article ajoute que le prévenu condamné pourra être poursuivi devant les tribunaux ordinaires, jugé et puni conformément à la loi. Toutefois, il est peu probable que le congrès mette en mouvement cette procédure compliquée, destinée surtout à poursuivre un crime politique, dans le simple cas d'irrégularités financières; il faudrait que celles-ci prissent une gravité toute particulière pour qu'on songeât à l'employer.

Cette disproportion entre l'instrument et le résultat en vue existe également en Angleterre où la Chambre des communes peut accuser les ministres et la Chambre des Lords les condamner à des peines même criminelles, même à la peine capitale. Ce droit n'a jamais, il est vrai, été consacré par un texte, mais il existe par tradition et a été mis en œuvre à plusieurs reprises dans des

Digitized by Google

procès retentissants. On peut donc admettre en théorie que la Chambre des communes, qui a tous les pouvoirs, peut exiger d'un ministre la restitution d'une somme illégalement dépensée, quoiqu'à notre connaissance on ne puisse citer aucun exemple de ce genre. Mais il est à présumer que si cette restitution n'est pas une simple conséquence d'une infraction plus grave, elle ne sera jamais exigée. Du reste, aux États-Unis comme en Angleterre, aucune restriction n'étant apportée à la responsabilité des fonctionnaires même les plus élevés, ce n'est pas devant le Parlement que celle-ci serait invoquée avec efficacité, mais devant les tribunaux ordinaires, qui, croyons-nous, n'hésiteraient pas, si la question se posait devant eux, à condamner à une réparation les ministres qui auraient porté atteinte, de quelque façon que ce fût, aux finances de l'État.[1]

« La responsabilité des ordonnateurs est au surplus très effectivée : elle a pour sanction, dans le cas où un paiement serait désaprouvé par la trésorerie, des poursuites à fin de dommages-intérêts, dans les termes du droit commun. La responsabilité ne pèse pas d'habitude sur le ministre parlementaire, mais sur l'un des fonctionnaires permanents du service désigné par la trésorerie pour remplir les fonctions d'officier responsable (accouting officer). Cette espèce de gérant responsable est tantôt le chef permanent du ministère, qui a, en effet, le service des ordonnancements, tantôt un autre agent, dont le contre-seing est alors nécessaire sur l'ordonnance. Pour couvrir sa responsabilité, cet agent a le droit de faire, avant de signer, des représentations écrites à l'ordonnateur, et le cas échéant au chef parlementaire du service. »

Le système de la responsabilité pleine et entière est évidemment plus conforme à l'esprit démocratique sainement interprété. Aussi n'est-il pas étonnant de le trouver en Suisse. L'article 2 de la loi du 9 décembre 1850 sur la responsabilité des autorités et des fonctionnaires de la Confédération déclare que « les membres des autorités fédérales exécutives et judiciaires (par conséquent les membres du Conseil fédéral, qui sont les mi-

[1] *Le budget anglais*, par Aug. Arnauné, *Économiste français* du 23 mai 1885.

Digitized by Google

nistres de la Confédération), ainsi que les autres fonctionnaires sont responsables de leur gestion. » — La responsabilité, dit l'article 5, peut donner lieu à des mesures disciplinaires, à une action civile ou à une action criminelle. L'action civile en dommages-intérêts suppose (art. 7) : 1° un acte ou une omission contraire à la loi, dans le sens de l'art. 4) : 2° un dommage réel occasionné par cet acte ou cette omission. En se reportant à ce dernier article cité, on voit que le fonctionnaire fédéral n'encourt la responsabilité qu'au cas de violation de la constitution fédérale, des lois ou des règlements fédéraux. Peut-on néanmoins faire passer pour une violation des lois le cas d'un fonctionnaire dépassant ses crédits? Cela paraît au moins douteux. C'est l'assemblée fédérale qui décide s'il y a lieu de donner suite à la demande et, en cas d'affirmative, renvoie l'affaire au tribunal fédéral.

Il est curieux de voir l'une des plus jeunes nations de l'Europe, la Roumanie, adopter dans une loi sur la responsabilité ministérielle (2 mai 1879) le principe général de l'obligation civile du ministre : « Le ministre (art. 4) qui, de mauvaise foi, aura causé un dommage à l'État, ou l'aura exposé à payer des dommages-intérêts à des particuliers, sera civilement responsable envers l'État et sera jugé conformément au droit commun, sauf l'autorisation préalable du Corps législatif. » Jamais le devoir de réparer, indépendamment de toute pénalité, le mal causé par le ministre à la chose publique, n'avait été affirmé d'une façon plus catégorique et en même temps plus sage, puisque le pouvoir législatif reste toujours le maître d'arrêter les tentatives d'actions qu'il jugerait puériles ou vexatoires. Dans la rédaction de cette loi, le nouveau royaume a sans doute profité de l'expérience des anciens États et comblé d'une façon heureuse une lacune existant encore en France dans notre droit public.

ROGER MERLIN (de Thionville).

DE LA PROPRIÉTÉ ET DES SERVITUDES RURALES D'APRÈS LA LOI DE 1791,

par M. Ferdinand JACQUES, docteur en droit,
ancien président du Tribunal d'Avignon, correspondant de l'Académie de législation de Toulouse.

1. Le droit rural constitue une partie importante de notre

Digitized by Google

législation moderne, moins par le nombre des textes dont il se compose, que par les développements qu'il comporterait si l'on voulait en faire un ensemble concordant quelque peu avec son titre. En s'arrêtant à tout ce qui le touche ou l'intéresse, on serait amené à faire, à ce point de vue spécial, une revue générale de notre droit civil et à empiéter plus d'une fois sur le domaine du droit administratif. Il y aurait lieu de s'occuper non seulement de la propriété et de la plupart des contrats, mais encore des eaux, des marais, des forêts, des voies de communication, et de beaucoup d'autres matières pouvant exercer une influence salutaire sur le sol rural et la prospérité agricole.

Ce cadre est hors de proportion avec le but que poursuivent les ouvrages spéciaux; aussi s'est-on invariablement renfermé dans des limites plus étroites, en prenant la loi rurale de 1791 comme point de départ, et en groupant autour de ce pivot les notions générales qui en sont le complément nécessaire et sans lesquelles on se trouverait en présence de lambeaux épars, dépourvus de cet ensemble et de cette cohésion qui seuls peuvent former un corps de doctrine. Renfermé dans ses limites naturelles ce sujet ouvre encore des horizons assez étendus pour captiver l'attention de l'agronome et du jurisconsulte.

2. *Le Droit Rural* renferme l'ensemble des prescriptions législatives et coutumières qui régisssent la propriété rurale, font ressortir les prérogatives qui lui compètent et les sacrifices que l'intérêt public et l'intérêt privé lui imposent. Sa partie fondée sur les *us et coutumes* a, de tout temps, joué un rôle considérable. Bien que le législateur s'en empare le plus possible pour lui imprimer la fixité de la loi positive, il restera toujours des usages qui par leur multiplicité élèveront un obstacle infranchissable contre une réglementation générale et absolue. On peut bien plier les hommes à une certaine discipline, mais la terre subit des lois qui échappent à notre action et à notre influence. Vouloir tout ramener à un niveau commun, c'est violenter la nature, méconnaître les conditions climatériques, établir, en un mot, entre le Nord et le Midi des luttes irritantes et tout à fait stériles. Le voisinage, les cultures, le colonat, le métayage, le louage des personnes et des bêtes, la réglementation du bétail, des troupeaux

Digitized by Google

de toute nature, et plus encore des servitudes réelles dont ils profitent, donnent naissance à des usages nombreux et divers qu'on peut bien régulariser dans certaines limites, mais qu'il serait téméraire de vouloir unifier. Ce qui est arbitraire disparaîtra peu à peu, ce qui est fondé sur la nature des choses survivra, si désireux que l'on soit d'arriver à l'uniformité.

3. Le droit rural dans son ensemble réveille trois idées qui se lient plus ou moins intimement; le *sol* ou l'élément générateur, la *culture* qui est en réalité l'élément producteur, et la *police rurale* qui constitue l'élément conservateur et protecteur. Si restreint que soit le cadre dans lequel on désire condenser ces matières il est encore assez vaste et constituerait, à vrai dire, un traité de droit rural. Le milieu agité dans lequel nous vivons n'est pas propice aux travaux de longue haleine, et notre plan est infiniment plus modeste; c'est sur la propriété rurale et ses principaux démembrements que doit porter cette étude. Ce sujet est des plus intéressants, il nous imposera de fréquentes excursions dans l'ancienne jurisprudence, le législateur moderne s'étant très souvent contenté de s'en référer aux coutumes et usages consacrés par le temps et l'expérience.

I. — *Du sol rural.*

4. D'après l'art. 544 du Code civil : « La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les réglements. »

Trois éléments distincts entrent dans la constitution du droit de propriété, les Romains les désignaient par ces mots, *uti*, *frui*, *abuti*. Tout d'abord *uti* indiquait une jouissance à peu près nue de la chose, sans se préoccuper de ses produits. Peu à peu on lui donna une plus grande extension et avec le temps on finit par constituer le droit d'usage tel que nous le possédons, et qui permet au bénificiaire non seulement d'user de l'objet, mais encore de profiter de ses produits dans la limite de ses besoins. *Frui* comporte la jouissance de tous les fruits et produits d'un immeuble dont on n'a pas la propriété. *Abuti* c'est faire un usage définitif de la chose, soit en la consommant si cela est possible,

Digitized by Google

soit en s'en dépouillant et la faisant passer en mains tierces par vente, donation ou de toute autre manière.

Lorsque ces trois éléments sont réunis sur la même tête, la propriété est pleine et entière; sont-ils au contraire dévolus à des personnes distinctes, la propriété se trouve fractionnée et démembrée. Dans ces conditions le même immeuble peut fournir 'assiette de trois droits parfaitement distincts; l'un représentera le droit d'usage, l'autre l'usufruit défalcation faite de ce que retient l'usager, et le troisième le droit tréfoncier, en d'autres termes la nu-propriété. Chacun de ces trois éléments figure une part de la propriété, c'est pour ce motif qu'ils en constituent un *démembrement*. Dans ces cas, celui qui est investi du domaine *dominium*, est dépouillé pour un temps plus ou moins long de tous les produits de la chose.

Les servitudes ou services fonciers amoindrissent également le droit du propriétaire, mais à un autre point de vue; elles ne donnent aucune part dans les produits et ne réagissent que sur la faculté de disposer du sol, dont la valeur se trouve quelque peu diminuée par l'existence de cette charge qui s'incorpore au fonds et le grève à perpétuité.

5. Dans son acception la plus ordinaire le mot propriété réveille l'idée d'une chose ou d'un bien [1] matériel, destiné à la satisfaction des besoins de l'homme, et sur lequel il exerce sa puissance. Mais il ne faut pas perdre de vue que cette idée elle-même est complexe, que la notion du droit existe et se conçoit indépendamment de l'objet sur lequel il repose, il peut même y avoir séparation et le droit abstractif, *jus*, appartenir à une personne alors que l'objet matériel est dans les mains d'un autre. Cette donnée, on le voit, n'est pas purement théorique, elle est au contraire appelée à jouer un grand rôle dans les combinaisons législatives. Une fois admis, ce principe entraînait comme consé-

[1] Biens et choses, quoique souvent employés l'un pour l'autre, ne sont pas absolument synonymes, chose s'applique à tout ce qui est dans la nature et comprend ce qui résiste à une appropriation exclusive comme l'air, l'eau courante, etc.. Tandis que biens désigne spécialement les objets utiles à l'homme qui entrent dans son patrimoine, servent de base à ses droits et à ses obligations aussi.

Digitized by Google

quence la division de la propriété en corporelle et incorporelle. Cette terminologie choque quelque peu le langage ordinaire habitué à matérialiser la propriété. Il faut néanmoins la subir en ne perdant jamais de vue le but poursuivi, qui tend vers un objet matériel avec lequel on le confond et l'identifie, alors qu'en soi le droit est toujours abstrait et immatériel.

La propriété corporelle représente un bien matériel immeuble ou meuble, comme une maison, un champ ou bien un cheval, un bœuf, ou tout autre objet mobilier mort ou vif. Elle est incorporelle lorsqu'elle consiste en une prétention ou une action qui tend à obtenir une chose matérielle meuble ou immeuble ou bien encore de l'argent. Il existe, en effet, bon nombre de droits incorporels qui ne peuvent aboutir qu'à ce dernier résultat ; tels sont les actions, obligations et intérêts dans les compagnies industrielles ou financières, et d'une manière générale toutes les créances. Nous en dirons autant de la propriété littéraire, artistique et industrielle qui ne saurait avoir une assiette fixe et ne vaut que par l'argent qu'elle produit au créateur de cette propriété idéale.

En somme la propriété corporelle a une existence propre et distincte, visible et palpable, *quæ tangi potest*, tels sont les immeubles réels et les meubles qui se déplacent ou peuvent être déplacés. Les biens incorporels ne se manifestent par aucun signe tangible et extérieur, *in jure consistunt*, c'est l'intelligence qui les révèle et les perçoit ; tels sont les droits d'hérédité, d'usufruit, de servitude, et d'une manière générale tous les droits que l'on peut avoir ou prétendre sur les meubles et les immeubles. On sépare de cette façon le droit abstrait de l'objet sur lequel il est appelé à s'exercer, la cause de l'effet ; c'est la nature de l'objet réclamé qui détermine son classement, immobilier si l'on convoite un immeuble, et mobilier si l'on vise un meuble.

L'usufruit a, comme la propriété qu'il fractionne, une assiette fixe, il aurait dû dès lors figurer dans les deux catégories et ne pas être relégué au rang des choses exclusivement incorporelles. C'est l'antagonisme, que l'on a toujours établi entre l'usufruit et la propriété qui, a entraîné ce résultat assez singulier.

Tels sont les caractères généraux de cette distinction qui existait en germe dans le droit romain ; après avoir été développée

Digitized by Google

dans l'ancienne jurisprudence et vulgarisée par Pothier, elle a pris une très large place dans notre législation moderne.

6. A côté de cette distinction, dont il était essentiel de faire sentir tout d'abord la portée, se placent d'autres divisions qui ont pour but de mettre en relief les aspects divers sous lesquels on peut envisager les différentes choses destinées à pourvoir aux nécessités de la vie. Tous les biens d'après l'art. 516 du Code civil sont meubles ou immeubles. Au fond c'est plus ou moins la même idée sous une forme plus claire et plus facilement saisissable.

Les meubles se consomment peu à peu par suite de l'usage qu'on en fait, tandis que les immeubles résistent à ce mode de destruction. Sous un autre rapport les choses sont fougibles et se remplacent les unes par les autres, comme le blé, le vin, l'huile; alors que d'autres ont une individualité qui ne comporte pas de pareilles substitutions. Les immeubles ont une assiette fixe, une situation qui ne varie pas, alors que les meubles peuvent se déplacer à volonté : si même on arrive à les localiser en vertu d'une fiction juridique, ils ne constitueront jamais qu'un immeuble accessoire du fonds principal auquel ils sont attachés. Les choses peuvent encore se présenter sous la forme d'un objet isolé, ou bien d'une collectivité telle qu'un patrimoine ou une hérédité. A un autre point de vue encore, la propriété est divisible ou indivisible. Cette distinction ne vise pas seulement la possibilité ou l'impossibilité d'un fractionnement matériel, mais aussi une sorte d'impossibilité intellectuelle ou juridique, qui soulève dans notre droit les questions les plus épineuses et les plus ardues que nous rencontrerons souvent sur nos pas, et dont nous nous occuperons plus utilement lorsque nons aurons épuisé tout ce qui touche au cautionnement et au rachat.

La propriété individuelle ou privée est de beaucoup la plus importante; elle constitue une des bases les plus solides de l'édifice social, elle attire et retient l'homme, et contribue pour une large part au développement du progrès et de la civilisation; ceux qui rêvent sa destruction rétrogradent, bien loin d'avancer. Elle trouve un utile complément dans la propriété d'ordre public qui a surtout en vue la commodité et la sécurité des agglomérations

Digitized by Google

tions humaines; nous touchons de la sorte à la sphère administrative et gouvernementale et aboutissons forcément à l'État et aux communes.

Citons en première ligne les nombreuses voies de communication, routes, rues, places et canaux qui sillonnent le territoire français, rapprochent les personnes et multiplient les relations commerciales et industrielles. Se placent dans la même catégorie, avec une destination plus noble et plus élevée, les forteresses, les murs, remparts, ports, fossés et autres ouvrages destinés à la défense du pays. Tous ces objets et d'autres encore, tels que les rivages de la mer, les fleuves et rivières navigables et flottables, appartiennent à l'Etat et font partie de ce que l'on appelle le domaine public; inaliénables et imprescriptibles, ils sont placés hors du commerce (art. 537 à 541, C. civ.).

Les communes ont aussi un certain nombre d'immeubles, qui font partie du domaine public communal, citons spécialement les chemins vicinaux et communaux, les églises et les cimetières.

Les communes ont, comme l'Etat, une personnalité civile qui leur permet d'acquérir des biens meubles et immeubles de toute nature; ces objets possédés à titre purement privé forment leur patrimoine propre qui, sauf quelques restrictions édictées par les lois spéciales, subissent l'empire du droit commun.

A côté de ces biens il faut en placer d'autres ayant, en quelque sorte, un caractère mixte; nous voulons parler de ceux qui sont à l'usage de tous les habitants, et d'un chacun en particulier, sans qu'il soit permis à aucun d'eux de s'en attribuer la jouissance exclusive. Dans cette catégorie figurent les pâturages, les affouages et usages forestiers de toute nature. L'art. 542 du Code civil, reproduisant en ce point la loi du 10 juin 1793, place sur la même ligne la propriété et la jouissance; en thèse générale cela n'a pas d'inconvénient, mais il est évident qu'il vaut mieux pour la commune, être investie de la pleine propriété, et que les habitants eux-mêmes, nous le constaterons ultérieurement, peuvent être mieux traités dans cette dernière hypothèse que lorsque la commune est simplement usagère. Ces biens qui constituent les véritables communaux, sont affectés aux besoins de la population municipale; on les oppose aux biens patrimoniaux appartenant

Digitized by Google

exclusivement à la commune qui les exploite à son profit. Si nul particulier n'a sur eux un droit distinct, il n'en est pas moins vrai que la collectivité en profite par les revenus qui sont versés au budget en déduction des charges locales.

Ainsi domaine public municipal, domaine patrimonial et communal ou biens communaux, tels sont les aspects sous lesquels se présentent à nous les biens des communes, aspects très divers qu'il faut toujours séparer et distinguer, comme nous aurons l'occasion de le constater au cours de nos développements ultérieurs.

8. La propriété rurale jadis si dédaignée tend à monter au premier rang et c'est justice, elle nourrit une population robuste et vigoureuse qui constitue l'élément le plus solide de la force et de l'indépendance d'une nation. Si la population augmente et reste attachée au sol, c'est un signe certain de prospérité ; si au contraire elle s'éloigne, si la désertion et la population s'accentuent, la décadence et la ruine marchent à grands pas. Cette propriété est régie, comme les autres, par l'ensemble des prescriptions consignées dans le second livre du Code civil. On comprend sous cette désignation les biens-fonds et immeubles de toute nature, constructions éparses, exploitations et leurs dépendances, le tout situé dans la campagne, par opposition aux propriétés bâties ou non bâties situées dans l'anceinte des villes et villages.

Les autres divisions que nous venons de signaler s'adaptent à la propriété rurale ; nous dirons toutefois que celle-ci est surtout immobilière ; les autres distinctions ne jouent ici qu'un rôle secondaire.

Les actions, obligations et toutes les valeurs financières ou industrielles sont peu répandues dans la campagne ; l'argent disponible, assez rare d'ailleurs, est rapidement converti en terre ou en prêts hypothécaires, en toute chose on aime la solidité et la stabilité. La seule division qui ait pour nous un intérêt sérieux est celle consignée dans l'art. 517 qui répartit les immeubles en trois catégories. Les biens sont, immeubles par leur nature, — par leur destination, ou par les objets auxquels ils s'appliquent. Cette classification ayant une grande importance au point de vue agricole, nous allons analyser rapidement les articles du Code civil qui lui sont consacrés.

Digitized by Google

9. Sont immeubles par leur nature : 1° Les fonds de terre et les bâtiments ; fussent-ils construits en bois que la solution ne change pas, à moins qu'ils ne soient élevés à l'occasion d'une foire ou d'une fête et en vue d'être démolis immédiatement après, auquel cas ils continuent à être meubles. Mais s'ils sont réellement établis à poste fixe, ils ne perdent leur nature immobilière, comme toutes les autres constructions, que lorsqu'ils sont vendus pour être démolis. 2° Les moulins à vent ou à eau incorporés au sol où ils adhèrent par piliers ou pilotis (art. 519, C. civ.).

3° Les récoltes pendantes par les racines et les fruits des arbres non encore recueillis; en observant avec l'art. 520 que les grains coupés et les fruits détachés deviennent à l'instant meubles quoique non enlevés. 4° La même solution s'applique (art. 521), aux arbres isolés, aux coupes de bois taillis ou de futaies qui restent immeubles tant qu'ils sont enracinés; et deviennent meubles dès qu'ils sont séparés du sol soit volontairement, soit même par l'effet du vent. 5° Les tuyaux servant à la conduite des eaux dans une maison ou autre héritage, qu'ils soient incorporés au sol qu'ils traversent, ou incrustés dans la construction où ils aboutissent, participent forcément de la nature de l'immeuble auquel ils adhérent (art. 523, C. civ.).

6° Sont encore immeubles par nature, les mines ou tréfonds, définitivement séparés, en vertu d'une concession régulière, du sol ou de la superficie dont avant elles constituaient une partie intégrante. Les bâtiments, galeries et puits servant à l'exploitation sont soumis à la même règle. Il en est autrement des matières extraites et des approvisionnements, qui sont meubles, étant considérées comme de véritables récoltes détachées du sol (L. du 20 avril 1810, art. 8-9).

10. Pour donner à l'agriculture une preuve non équivoque de sympathie et augmenter ses éléments de prospérité, le législateur imprime un caractère immobilier à un bon nombre d'objets qui sont essentiellement mobiliers. Ainsi l'art. 524 répute *immeubles par destination* les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds. Sont rangés dans cette catégorie :

1° Les animaux qu'un propriétaire attache à la culture du do-

Digitized by Google

maine qu'il exploite, tels que chevaux, moutons, bœufs; et aussi ceux qu'il a placés pour le même service dans un tênement exploité par des fermiers ou métayers. Ces deux dispositions, qui auraient dû être rapprochées l'une de l'autre, ne sont pas identiques. L'art. 522 s'applique uniquement à ceux qui exploitent pour le compte d'autrui, aux colons quelle que soit leur dénomination; l'autre vise le propriétaire lui-même, par son texte comme par son esprit elle comporte une plus large interprétation. Dans tous les cas il faut que l'affectation soit l'œuvre du maître et qu'il manifeste clairement sa volonté d'attacher les animaux à la culture du sol qui lui appartient. S'il les vend purement et simplement, même à son fermier, ou les livre à des tiers à titre de cheptel, ils conserveront leur nature mobilière.

2° Les ustensiles aratoires. — 3° Les semences données aux fermiers ou colons partiaires. — 4° Les pigeons des colombiers — 5° Les lapins de garennes. — 6° Les ruches à miel. — 7° Les poissons des étangs. — 8° Les pressoirs, chaudières, alambics, cuves et tonnes. — 9° Les ustensiles nécessaires à l'exploitation des forges, papeteries et autres usines y compris les exploitations minières dont nous venons de parler. — 10° Les pailles et engrais. — 11° Certains meubles meublants que le propriétaire attache à un fonds à perpétuelle demeure. Quant aux objets de cette nature auxquels la loi confère cette importante prérogative, il faut qu'ils soient incorporés à l'immeuble auquel on les associe. Les glaces et les tableaux sont incrustés dans la boiserie, les statues posées dans des niches ou sur des piédestaux. Ces objets, que le luxe toujours croissant développe outre mesure, occupent dans l'agriculture et le droit rural une place trop restreinte pour qu'il soit nécessaire d'insister.

11. L'art. 526 déclare immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent : 1° l'usufruit des choses immobilières, 2° les servitudes ou services fonciers, 3° les actions tendant à revendiquer un immeuble. Il s'agit ici de quelques-uns de ces biens considérés comme incorporels lorsqu'on les envisage exclusivement au point de vue abstractif, mais qui ont également une assiette fixe si l'on se reporte à l'objet sur lequel ils s'exercent, ou vers lequel ils tendent. L'usufruit, servitude ou droit réel personnel, parce que

Digitized by Google

son existence est attachée à celle d'une personne, confère à celui qui en est investi une sorte de co-propriété sur le fonds d'autrui. Les servitudes et les usages ruraux ou forestiers qui existent sur un fonds au profit d'un autre constituent aussi des démembrements de la propriété, d'autant plus onéreux, qu'ils sont en principe perpétuels, comme les fonds auxquels on les affecte. Leur aspect, ainsi que nous l'avons déjà dit, est donc double, et varie suivant que l'on s'arrête à leur cause ou que l'on descend à l'effet qu'ils produisent.

Quant aux actions, c'est aussi leur origine et le but qu'elles poursuivent, qu'il faut consulter pour être fixé sur leur nature. Si la réclamation ou le procès réussit, c'est un immeuble que l'on obtient; s'il échoue, l'action elle-même s'évanouit et le droit avec.

12. La propriété d'une chose soit mobilière ou immobilière donne droit sur tout ce qu'elle produit, s'y unit ou s'y incorpore naturellement ou artificiellement. Au dessus elle permet de planter et de construire *ad libitum;* au-dessous elle autorise des fouilles, des constructions et des excavations; sauf dans tous les cas, à respecter les restrictions et prohibitions établies par les lois en général, la législation minière en particulier et les règlements de police. Sous un autre rapport, si respectable que soit l'intérêt privé, il ne saurait être exclusif, ni égoïste; il doit fléchir devant l'intérêt général et faire l'abandon de sa propriété du moment où *l'utilité publique* est en cause, il va sans dire que ce sacrifice n'est pas gratuit, la dépossession ne peut avoir lieu (art. 545) que moyennant une juste et préalable indemnité.

13. Le législateur de 1791, absorbé par les nécessités d'une réorganisation générale, était hors d'état de descendre dans tous les détails d'exécution; il se contenta dès lors de poser quelques principes fondamentaux dont le plus saillant, placé en frontispice de la loi rurale, est ainsi formulé : « Le territoire de la France, dans toute son étendue est libre comme les personnes qui l'habitent. Ainsi toute propriété territoriale ne peut être assujettie envers les particuliers qu'aux redevances et aux charges dont la convention n'est pas défendue par la loi. »

Cette déclaration, fort importante, au moment où l'on sapait

Digitized by Google

les derniers fondements du régime féodal, qui avait si lourdement pesé sur les personnes et sur les choses, est tellement encrée dans nos mœurs que personne n'a jugé nécessaire de la reproduire avec la même énergie dans aucun monument législatif subséquent. C'est un fait aussi éclatant que la lumière du soleil et que nul ne songe à critiquer ou contester.

Ces franchises, si respectables qu'elles puissent être, subissent des restrictions imposées par l'intérêt public largement entendu. Citons en première ligne, toutes les servitudes destinées à assurer l'écoulement des eaux sur les propriétés publiques et privées; les restrictions établies dans l'intérêt de la viabilité publique, de la navigation, de la défense nationale et d'autres encore dont la légitimité n'est guère plus contestable.

14. Là ne s'arrête pas la sollicitude du législateur, en vue de procurer aux cultivateurs et à l'agriculture sécurité et stabilité; il s'approprie les dispositions suivantes qui intéressent au plus haut degré les accessoires de la culture. « Aucun engrais, ni « ustensile, ni autre meuble utile à l'exploitation des terres et « aucuns bestiaux servant au labourage ne pourront être saisis ni « vendus pour contributions publiques; et ils ne pourront l'être « pour aucune cause de dettes, si ce n'est pour la personne qui « aura fourni lesdits effets ou bestiaux, ou pour l'acquittement de la « créance du propriétaire envers son fermier, et ce seront toujours « les derniers objets saisis en cas d'insuffisance d'autres objets « mobiliers. (sect. 3, art. 2).

Ce texte est général; que les objets en question soient apportés par le colon ou livrés par le propriétaire, ils sont placés sur la même ligne et jouissent de la même protection. D'après nos idées modernes et en vertu de l'art. 524 du Code civil, les mêmes objets, engrais, instruments utiles à l'exploitation, bestiaux servant au labourage, sont déclarés immeubles par destination, à la condition expresse d'avoir été attachés à la culture par le propriétaire du sol avec ou sans estimation. C'est la volonté de ce dernier manifestée par cette affection spéciale qui entraîne l'immobilisation. S'il s'agissait d'une avance ou d'un prêt destiné à procurer au fermier son matériel d'exploitation, ou, suivant l'expression méridionale, son *train de ménagerie*, celui-ci resterait absolument

Digitized by Google

maître et libre de disposer du tout à son gré ; sauf bien entendu, les droits qui compètent à ses créanciers et en première ligne à son bailleur.

Ces deux modes de réglementation ne sont pas identiques ; la loi moderne, bien qu'elle soit plus compréhensive, est muette à l'égard des objets servant à l'exploitation et qui sont restés la propriété du preneur ; peuvent-ils dans ces conditions invoquer le bénéfice de la loi rurale en vue de conserver cette affectation et se soustraire à la saisie d'un créancier quelconque qui veut les séparer prématurément de l'immeuble auquel ils sont associés? Cette question n'est pas sans intérêt au point de vue agricole, on conçoit dès lors qu'elle puisse soulever des controverses. En rapprochant ce texte de l'art. 524 on pourrait peut-être hésiter, mais si l'on remonte vers le passé et constate les modifications profondes introduites par nos Codes modernes, on revient bien vite à une plus saine appréciation et on est obligé de reconnaître que le Code civil ayant établi sur ce point un système nouveau très complet, c'est uniquement à son texte et aux dispositions complémentaires des art. 592-593 et 594 du Code de procédure qu'il faut s'en tenir, sans se préoccuper de l'ancien droit qui n'avait, sous ce rapport, que des règles vagues et incohérentes. Cette solution aussi simple que logique, ne rencontre plus aujourd'hui, ainsi que l'atteste M. Bioche (2) que de rares contradicteurs. Indiquons rapidement le chemin qui a été parcouru pour atteindre ce but.

15. L'idée d'immobiliser les meubles était tout à fait contraire aux traditions romaines. Les bestiaux et ustensiles affectés à la

[1] *Dictionnaire de procédure*, v° saisie-exécution, n° 32. Demolombe *distinction des biens*, n°s 219 à 223, qui ne pose pas même cette question parce que, sans doute, il la croit oiseuse. Au moment où je complète cette note (octobre 1887), Demolombe a, depuis six mois à peine, terminé sa longue et glorieuse carrière. Professeur éminent, il a pendant près d'un demi siècle attiré et retenu autour de lui de nombreux élèves auxquels il a appris à aimer et à respecter nôtre loi française. Dévoué à cette noble mission, il a préféré sa chaire à un siège à la Cour de cassation. La mort de ce grand jurisconsulte, qui a honoré son pays et la science du droit, est presque passée inaperçue, un fait divers de quelques lignes et tout a été dit. S'il se fût agi d'un de ces politiciens dont la France regorge, que de papier n'eût-on pas noirci à son occasion !

Digitized by Google

culture d'un immeuble ne changeaient pas de nature, ils pouvaient donc en être distraits sans réserve ni restriction. On comprit avec le temps que certains objets tels que pailles et fumiers ne devaient guère être séparés du sol qui les produisait et on finit par les considérer comme des accessoires des fonds. L'ancienne jurisprudence, malgré son désir d'élargir cette voie, n'avait pu réaliser de grands progrès, entravée qu'elle était par le mode d'attribution des biens, très souvent réglé par leur qualité mobilière ou immobilière. Pothier, l'initiateur et le promoteur de la plupart des réformes introduites par le Code civil, met en relief dans son traité de la communauté (n° 37) les inconvénients et les dangers d'un système qui séparait dans les conditions les plus fâcheuses ce qui aurait dû rester uni. Ainsi un partage a lieu, si les meubles sont attribués à un cohéritier et les immeubles à l'autre, la ferme, l'exploitation est immédiatement réduite à elle-même et privée de ses éléments de travail. Un mariage est dissous, la communauté propriétaire des meubles les garde et les immeubles retournent aux époux ou à leurs héritiers; on s'expose de la sorte à paralyser les travaux agricoles au moment où ils pressent le plus.

Une réforme était donc nécessaire; on l'avait tellement compris que, bien avant cette époque, l'ordonnance sur la procédure de 1667 (tit. 33, art. 6) s'était efforcée d'améliorer la situation en renfermant dans des limites plus étroites les causes de saisie pour les objets de cette nature. Celle de 1747 sur les substitutions (art. 6) allait plus loin et prononçait une véritable immobilisation au profit des immeubles grevés de substitution. « Les bestiaux et ustensiles servant à leur exploitation, étaient tacitement compris dans la substitution des dites terres; le grevé devait les faire priser et estimer pour en rendre une égale valeur à la restitution du fidècommis. » Cette disposition reproduite dans l'art. 1064. du Code civil n'a plus aujourd'hui aucun intérêt, elle s'explique par cette circonstance que le titre des donations a été voté en 1803 alors que celui relatif à la distinction des biens, qui posait le principe général, n'a été promulgué qu'en 1804.

Au moment de la confection de la loi du 28 septembre 1791, ces deux ordonnances constituaient le droit commun. Le Code

Digitized by Google

rural, qui reproduit a peu près littéralement celle de 1667, ne contient donc aucune innovation; en rajeunissant l'ancien texte, il ravivait sa force et son autorite. Il y a plus, le projet primitif de Code civil s'en contentait; et c'est seulement au cours de la discussion que l'opinion de Pothier reparut et finit par triompher.

Cette idée, au surplus, n'est pas absolument moderne, bien que généralement le contraire soit admis. Parmi les nombreuses coutumes qui se partageaient le sol français, il s'en trouvait au moins une qui lui avait donné asile. C'est à celle de Villefranche près Lyon qui revient l'honneur d'avoir inauguré cette utile mesure. Ce fait fut-il signalé à quelques-uns de ceux qui concouraient à la discussion du Code civil; fut-il tardivement porté à la connaissance de Merlin qui le mentionne dans la dernière édition de son répertoire (v^is^ *animaux-bestiaux*)? Toutes les suppositions sont possibles en l'absence d'indications plus précises. Nous dirons toutefois que les appréciations si judicieuses et si autorisées de Pothier suffiraient amplement pour expliquer et justifier la solution qui a définitivement prévalu.

Il est bien certain après cela que le Code civil a introduit un système nouveau, qui s'est subtitué à la réglementation antérieure et par suite à la loi de 1791 dont les prescriptions, sous ce rapport, n'ont plus aucune valeur; elle ne protège plus le fermier contre la saisie de son matériel d'exploitation, tous les instruments de travail qu'il installe sur le sol pris à bail n'y sont pas à un autre titre que les objets de même nature apportés par des ouvriers ou des domestiques travaillant habituellement avec lui, il est seulement un peu plus stable que ces derniers, voilà toute la différence. Est-ce à dire pour cela qu'une saisie puisse instantanément lui enlever tous ses instruments de culture? Il suffira de lire les trois articles déjà cités du Code de procédure pour être convaincu du contraire, ils consacrent presque toutes les immunités introduites par l'ancien droit, ce qui confirme de plus fort son abrogation : ainsi les réserves de l'art. 592 relatives aux vêtements, aux aliments, aux couchers, à la nourriture des animaux exceptés, et aux outils de travail, ne laissent, dans les saisies rurales, qu'une faible latitude au créancier poursuivant. Avec l'immobilisation on peut sans doute aller plus loin, mais

Digitized by Google

alors il faut l'intervention directe et pécuniaire du maître du sol.

Le procédé moderne est simple et naturel et s'adapte à tous les cas, au propriétaire s'il reste à la tête de l'exploitation, et aux fermiers quel que soit le titre qu'on leur confère. Mais il faut toujours que l'affectation soit l'œuvre du propriétaire, or comme tout dépend de lui, son intention doit être certaine et ressortir avec une entière évidence. Le mot culture est ici employé dans son acception la plus étendue; il comprend non seulement les animaux affectés au labourage, mais aussi ceux qui, destinés à consommer les herbages, pailles et foins de la ferme, fournissent de riches engrais sans lesquels l'agriculture serait réduite à l'impuissance. Si ce bétail était destiné à l'alimentation d'un commerce il ne jouirait pas de cette immunité, et resterait dans la classe des meubles ordinaires qui peuvent être saisis et vendus séparément du sol sur lequel ils se meuvent. En cas de contestation, c'est aux tribunaux qu'incombe la mission délicate de tracer cette ligne de démarcation très souvent difficile à établir.

Le propriétaire, on le voit, joue le rôle prépondérant, seul il a le droit d'immobiliser les objets qu'il installe sur le sol. Le colon, maître de l'exploitation, peut la diriger à son gré ; mais tout ce qu'il apporte dans ce but est superposé et non incorporé ; son action restreinte à la culture n'exerce aucune influence sur le régime du sol. Ses engrais, ses bestiaux, ses instruments de toute nature, restent sa propriété, en quittant la ferme tout s'en va et disparaît avec lui. Une incorporation fictive et momentanée n'a pas de raison d'être, elle n'aurait d'autre résultat que d'entraver et compromettre les droits des créanciers et de leur soustraire un gage sur lequel ils devaient compter. Si au contraire cette destination est le fait du propriétaire, ces objets perdent leur individualité propre, partie intégrante de l'immeuble ils ne peuvent plus, aux termes de l'art. 592, être saisis ni vendus séparément du fonds qui les absorbe. De la sorte l'agriculture se trouve efficacement protégée, les instruments d'exploitation ne peuvent plus être distraits à l'improviste du tênement auquel ils sont affectés. Le système moderne est plus large et plus solidement assis que l'ancien; par son mécanisme d'ailleurs il laisse moins de prise aux fraudes et aux dissimulations.

Digitized by Google

17. Le loi rurale veut également que ces mêmes objets soient toujours les derniers saisis et seulement en cas d'insuffisance des autres valeurs mobilières. Cette prescription est-elle encore en vigueur? On peut certainement le contester, la principale disposition disparaissant, l'accessoire doit avoir le même sort. Toutefois comme elle consacre une mesure humanitaire et fort équitable, le simple bon sens commande de lui faire sortir effet le plus possible. Il nous semble seulement que la question est mal posée; la suffisance ou l'insuffisance étant *a priori* difficile à constater, c'est sur la vente qu'il faut se replier en n'ordonnant la mise aux enchères de ces objets qu'à la dernière extrémité et alors qu'il n'y a plus rien à adjuger. Il serait dangereux de procéder autrement; l'huissier qui volontairement ne saisirait pas tout s'expose à une action en dommages-intérêts, et à tout événement à une nouvelle saisie qui peut être onéreuse pour tout le monde. De pareilles injonctions sont trop délicates pour être laissées à la discrétion des agents d'exécution; il faut les placer sous l'égide des tribunaux, en faire état dans le cahier des charges et en requérir l'exécution au moment même de la vente.

18. Cette idée inspirée par une philanthropie très louable aboutit à des résultats presque nuls. On peut en dire autant de de celle inscrite dans l'art. 1er de cette même section d'après lequel aucun agent de l'agriculture effectivement employé aux travaux des champs ne peut être arrêté sans qu'on ait, en même temps, pourvu à son remplacement à raison de la mission spéciale qui lui était confiée. Une pareille précaution est-elle absolument nécessaire? J'ai de la peine à le croire. Il est rare qu'une exploitation repose sur la tête d'une seule personne; en sorte que les autres membres de la famille, les parents, voire même les amis pourvoient immédiatement aux besoins de la culture et certainement d'une manière plus avantageuse et plus économique. Une gérance établie par les agents de la force publique chargés de l'exécution serait plus onéreuse pour le propriétaire ou le colon. Cet article fût-il encore en vigueur ne serait pas d'une facile exécution; on peut affirmer que les magistrats investis du droit d'ordonner les arrestations ne sont jamais exactement renseignés à cet égard, et que les agents chargés d'opérer les captures

Digitized by Google

ne sont pas plus favorisés, personne ne se montrant disposé à les seconder dans l'accomplissement de leur pénible mission. D'ailleurs pourquoi leur imposer un labeur peu en harmonie avec leurs aptitudes? L'obligation d'aviser n'incomberait-elle pas plutôt à ceux qui ordonnent la capture qu'à ceux qui la réalisent? Les faits de cette nature sont trop vite connus pour que l'intérêt particulier ait besoin d'être stimulé. Cette exception n'a plus de raison d'être, mieux vaut dès lors s'en référer aux principes du droit commun. Ces données sentimentales qui séduisent en théorie sont, presque toujours en pratique, d'une stérilité absolue.

Ajoutons que dans un cas analogue lorsqu'on se trouve en présence d'une saisie portant sur tout le matériel agricole, l'art. 594 du Code de procédure déclare que s'il y a des mesures urgentes à prendre pour assurer la conservation de l'immeuble ou son exploitation, c'est au juge de paix qu'il faut s'adresser. Cette prescription doit être étendue le plus possible, à moins qu'on ne préfère la voie plus coûteuse du référé.

19. Il serait superflu d'insister plus longtemps sur ces notions générales, j'ai hâte de pénétrer plus avant mon sujet et de me placer immédiatement en face des *usages réels*, espèce particulière de servitude qui, de tout temps, a joué un rôle considérable dans la législation rurale et forestière. La loi de 1791 ne cherche pas à faire du neuf; son grand mérite est d'avoir simplifié et unifié le plus possible des prescriptions trop souvent disparates consignées dans les coutumes locales. On ne ponvait songer à cette époque à entrer dans tous les détails d'exécution, fréquemment ou s'en référait aux *usages constants et reconnus*. Cette réserve à une importance capitale et doit toujours être présente à l'esprit de l'interprète; bien souvent elle l'oblige à recourir à l'ancien droit et le force à dresser son bilan au moment de la révolution. Ce n'est qu'en procédant de cette façon qu'on arrive à une saine entente de certains articles de la loi moderne; et souvent c'est pour avoir oublié de faire à cette injonction la place qui lui est due, qu'on s'est égaré dans d'interminables discussions.

C'est dans la partie de la loi rurale dont nous allons nous

Digitized by Google

occuper que cette observation trouvera de fréquentes applications; maintes fois cet examen rétrospectif s'imposera à nos méditations, mais de son côté il nous fournira des motifs décisifs pour apaiser des controverses qui n'eussent pas pris naissance, ou n'auraient eu qu'une portée restreinte si l'on s'était pénétré des termes et de l'esprit de la loi de 1791 [3]. En l'état c'est donc sur les usages ruraux, les moyens de les constituer et de les éteindre que vont se concentrer nos investigations.

(*à suivre*). FERD. JACQUES.

BIBLIOGRAPHIE

LOI ANGLAISE SUR LA FAILLITE (DU 25 AOUT 1883),

Traduite et annotée par Ch. LYON-CAEN, professeur à la Faculté de droit de Paris et à l'École des sciences politiques.

Compte-rendu par M. Albert ARNAL, avocat à la Cour d'appel de Paris.

Ce volume peut sans contredit être considéré comme un des plus intéressants de la collection déjà nombreuse publiée par les soins du Comité de législation étrangère.

Tout concourt à le désigner à l'attention : la matière dont il traite, la faillite, qui semble plus que jamais à l'ordre du jour; l'autorité incontestée de son éditeur M. Lyon-Caen, le savant professeur de droit commercial. Enfin dès qu'il est question de modifier cette partie de notre Code de commerce qui a trait à la faillite, n'est-il pas prudent et naturel de consulter les travaux, les efforts qui se sont produits tout récemment chez nos voisins les Anglais, lesquels ont depuis longtemps fait au commerce une

[1] La loi rurale qu'on appelle aussi Code rural, a été décrétée par l'Assemblée constitnante le 28 septembre 1791; elle fut sanctionnée et rendue exécutoire le 6 octobre suivant. On la désigne de trois manières différentes, en réunissant ces deux dates on a la loi des 28 septembre-6 octobre 1791; en les séparant on lui assigne deux dates distinctes, dont la pratique fait souvent usage en préférant toutefois celle du 28 septembre. Cette loi qui contient plus de 90 articles, dont la numérotation n'est pas continue, est divisée en deux titres. Le second a trait à la police rurale, alors que le premier, qui doit plus particulièrement arrêter notre attention, est surtout consacré à la propriété et aux servitudes rurales.

Digitized by Google

place supérieure dans leurs préocupations nationales? A profiter de l'expérience des autres il n'est rien d'humiliant, surtout si on en tire cet avantage d'éviter des essais infructueux ou de longs tâtonnements.

La législation anglaise a souvent varié en ce qui touche la faillite; sans mentionner toutes les lois qui se sont succédé depuis la première promulguée en 1543 sous le règne de Henri VIII, M. Lyon-Caen n'en compte pas moins de quarante-et-une pour les soixante dernières années écoulées, qui sont venues successivement modifier tout ou partie de l'ensemble de la législation de la faillite, en anglais, *bankruptcy*.

Il serait intéressant et facile, grâce à l'introduction de M. Lyon-Caen, de passer en revue toutes ces lois qui forment comme la genèse de la loi de 1883; nous nous contenterons de signaler, parmi les plus importantes, celles dont les dispositions se retrouvent, dans les lois plus récentes de 1831, de 1849 et enfin dans celle de 1869 que la loi de 1883 est venue directement remplacer.

Une loi rendue en 1571 sous le règne d'Elisabeth était venue restreindre aux commerçants seuls l'application de la loi de 1543, dont les sévères dispositions traitaient le failli en criminel. Ce ne fut qu'en 1706, sous le règne de la reine Anne, qu'une loi introduisit comme atténuation aux rigueurs de la législation ce principe, qui se retrouve aujourd'hui presque dans toute loi de faillite; la faculté pour le failli de se mettre à l'abri des poursuites par l'abandon complet de ses biens. Depuis il ne fut plus question que de fixer les conditions à remplir pour obtenir cette décharge; elles varièrent souvent, tantôt plus clémentes, parfois au contraire plus rigoureuses, mais le principe était admis et ne devait plus disparaître.

A côté de la procédure de *bankruptcy* une loi de 1813 établit la procédure d'*insolvency*, insolvabilité, qui s'appliquait indifféremment aux commerçants ou non commerçants, limitait le droit d'emprisonnement que les créanciers pouvaient exercer contre le débiteur et donnait à ce dernier les voies et moyens de reconquérir sa liberté.

Enfin une loi de 1825 vint modifier les règles sur l'ouverture

Digitized by Google

de la faillite et consacra au bénéfice du failli la faculté de prendre avec ses créanciers des arrangements destinés à l'éviter.

Cette loi conçue dans un esprit d'indulgence envers le débiteur malheureux, en même temps qu'elle avait pour objet d'épargner aux créanciers les frais et les lenteurs de la procédure de faillite, poursuivait par des moyens différents sans doute, le but que se sont proposé les législateurs français en édictant la loi récente du 4 mars 1889 sur la liquidation judiciaire.

L'expérience est encore trop courte pour qu'il soit possible de se prononcer définitivement sur les effets de notre nouvelle loi et augurer de son avenir. Néanmoins il est permis de dire que les résultats constatés au mois de janvier dernier par le président du tribunal de commerce de la Seine sont peu satisfaisants et de nature à faire pressentir une déception. La loi anglaise de 1825 ne paraît pas avoir produit des effets plus avantageux; d'une part les arrangements avant faillite, *before bankruptcy*, n'empêchaient pas les poursuites des créanciers dissidents, d'autre part l'administration des biens des faillis confiée à des syndics, *assignee*, qui n'étaient soumis à aucune surveillance effective, laissait fort à désirer. Des plaintes s'élevaient de toutes parts. C'est alors que fut créée en 1831 la Cour des faillites, *bankruptcy court*, tribunal spécial qui a subsisté jusqu'en 1883; puis fut promulguée la même année une importante loi connue du nom de son auteur sous l'appellation de *lord Brougham's Act*, instituant à côté du syndic choisi par les créanciers, *creditors assignee*, un syndic nommé par justice, *official assignee*. Ce système de contrôle fut accueilli avec grande satisfaction; appliqué d'abord seulement à Londres, il fut en 1842 étendu à toute l'Angleterre et maintenu par la loi de 1849, laquelle prétendit aussi, comme la loi de 1825 qu'elle modifiait, faciliter les arrangements avant faillite ; à cet égard elle ne fut pas plus heureuse que sa devancière et les résultats ne donnèrent satisfaction ni aux débiteurs ni aux créanciers.

Une loi de 1861 s'efforça de faire droit aux critiques et supprimant les trois classes de certificats de conformité, *certificates of conformity*, qui depuis la loi de 1849 pouvaient être délivrés au failli et qui institués dans un but d'équité très louable avaient

Digitized by Google

inutilement entouré la libération du débiteur de conditions vaines, rétablit un seul et unique moyen de libération, *order of discharge*, l'ordonnance de décharge. D'autre part, elle étendait la faillite aux non-commerçants qui depuis la loi de 1571 n'y étaient plus soumis.

Mais bientôt les critiques se reproduisirent aussi vives ; les créanciers se plaignaient des facilités accordées aux faillis qui n'étaient pas uniquement victimes d'événements fortuits. Après divers essais infructueux, la loi de 1869 vint apporter des dispositions qui refondaient dans son ensemble la législation de la faillite.

Deux tendances ou courants d'idées contraires, auxquelles les législateurs anglais n'avaient pas échappé, partagent nécessairement ceux qui s'efforcent de réglementer la faillite. Les uns, ne voulant voir dans la faillite qu'une affaire d'intérêt privé, s'efforcent de la débarrasser le plus possible des entraves créées par la surveillance de l'État, prétendant arriver ainsi à diminuer des frais excessifs, à laisser aux parties la responsabilité de leurs décisions et en facilitant les arrangements amiables à réduire au minimum les déclarations de faillites. Les autres tiennent au contraire la faillite pour une affaire essentiellement d'ordre public, considèrent que la moralité du commerce dépend de sa réglementation et par suite refusent d'admettre que l'autorité judiciaire ou administrative se désintéresse jamais des opérations spéciales qu'elle entraîne. Dire que c'est l'autoritarisme d'une part et le libéralisme de l'autre serait employer une désignation insuffisante et peu exacte. Les Anglais, pour caractériser ces deux systèmes, ont deux termes qui rendent beaucoup mieux la pensée ; ils appellent le premier *voluntarism* et le second *officialism*. C'était l'*officialism* qui avait inspiré la loi de lord Brougham en 1831, ce fut le *voluntarism* qui dicta la loi de 1869.

Elle traita la faillite comme une affaire privée qu'il convenait de laisser débattre et régler librement entre les intéressés, c'est-à-dire le failli et ses créanciers, et s'efforça de réduire le rôle de l'administration judiciaire à une sorte d'enregistrement des décisions intervenues. Le contrôle de l'autorité publique disparut presque complétement. Les syndics officiels, *official assignees*,

Digitized by Google

créés par la loi de 1831 et dont les pouvoirs avaient été déjà fort restreints par la loi de 1861 furent supprimés, et les syndics choisis par les créanciers restèrent seuls chargés de l'administration de la faillite sous la dénomination nouvelle de *trustees in bankruptcy*.

L'extension des attributions de ces *trustees*, l'absence de tout contrôle par l'autorité entraînèrent promptement les plus déplorables conséquences. La loi avait compté sur la vigilance des créanciers pour leurs intérêts, elle ne rencontra que leur insouciance. Les arrangements amiables et les concordats sans faillite, *compositions without bankruptcy* se multiplièrent à l'infini, aucune surveillance ne protégeant les créanciers contre les fraudes auxquelles participaient souvent les syndics. Ceux-ci se recrutaient parmi les hommes d'affaires les moins scrupuleux. D'accord avec le négociant à la veille de cesser ses paiements, le *trustee* s'attachait à capter la confiance des créanciers par l'irritation simulée qu'il faisait paraître contre leur débiteur, puis une fois qu'il s'était fait remettre les procurations générales, *proscies*, des plus importants créanciers, assuré de faire la loi dans l'assemblée générale que parfois il composait à lui tout seul, il acceptait au nom des créanciers ses mandants l'arrangement ou le concordat convenu d'avance et qui les dépouillait le mieux. Si la faillite ne pouvait être évitée, l'homme d'affaires se choisissait lui-même comme syndic, élisait le comité chargé de surveiller sa gestion, fixait comme mandataire des créanciers son propre salaire, puis mettant la mains sur l'actif disponible se livrait à des spéculations qui amenèrent plus d'une fois la déclaration de faillite des syndics eux-mêmes.

Les plaintes et les réclamations devinrent bientôt plus vives qu'elles n'avaient jamais été sous le régime des lois précédentes ; les chambres de commerce s'émurent du préjudice moral et matériel qu'une semblable situation portait au commerce. En 1878, à l'une des assemblées annuelles des chambres de commerce à Sheffield, le délégué de Plymouth déclarait à l'approbation unanime que la loi de 1869 était une honte pour le pays, et M. Lyon-Caen cite l'opinion d'un juge anglais qui ne craignit pas de déclarer que pour peu que cette loi restât en vigueur, aucun homme

Digitized by Google

de bon sens sachant ce qu'il doit à sa famille ne payerait ses dettes en entier.

Chaque année depuis 1876 des projets de réforme avaient été déposés. C'est seulement en 1883 que fut votée la loi proposée par M. Chamberlain alors président du *Board of Trade*, c'est-à-dire du ministère du commerce. Cette loi qui ne contient pas moins de 170 articles sans compter cinq annexes, *schedules*, abrogea toutes les lois précédentes, nous allons en indiquer le caractère général.

Comme il était aisé de le présager, la loi de 1883 est à peu près l'antithèse de la loi de 1869 ; elle s'inspire d'un esprit différent et part de ce principe que l'autorité publique doit exercer un contrôle sérieux sur les opérations de la faillite pour sauvegarder la moralité du commerce. Par sa tendance comme par ses dispositions générales, elle se rapproche bien plus de la loi de 1831 dont elle a perfectionné et rendu pratiques les données et lignes principales. Si on ne peut dire que le *voluntarism* disparaît absolument de la loi nouvelle, à coup sûr il faut reconnaître qu'elle restitue à l'*officialism* la position prépondérante.

La loi de 1869 avait supprimé les *official assignees*, c'est-à-dire les syndics désignés par l'autorité pour laisser seuls et sans contrôle les syndics nommés par les créanciers eux-mêmes. La loi de 1883 laisse subsister ces derniers, mais pour tenir la place des *official assignees* elle crée une classe de fonctionnaires spéciaux les *official receivers*. Ceux-ci placés sous l'autorité directe du *Board of Trade*, munis de pouvoirs étendus vont jouer dans toutes les opérations de la faillite un rôle supérieur. Désignés dès le début des opérations de la faillite et avant même qu'elle soit déclarée (art. 5 et 7), ils rempliront un peu le rôle du juge-commissaire dans nos tribunaux de commerce ; saisis de l'actif du débiteur, ils feront aussi l'office du syndic jusqu'à la nomination d'un syndic par les créanciers ; à partir de ce moment ils exerceront sur ce dernier un contrôle constant et seront appelés à prendre sa place, si les créanciers ou la Cour jugent à propos de révoquer le syndic. Cet *official receiver* sera comme le garant de la régularité des opérations de la faillite, il assistera aux audiences de la Cour, y prendra part, mais à la

Digitized by Google

différence de notre juge, il relève plus spécialement du *Board of Trade* dont il est le représentant et auquel il devra rendre ses comptes. La création de ce fonctionnaire spécial appartenant au ministère du commerce et désigné cependant par ordonnance de la Cour était sans doute rendue nécessaire par la disparition de la Cour de *Bankruptcy*, ce tribunal spécial créé en 1831, que la loi de 1883 ne conserva pas, attribuant la compétence en matière de faillites à la Haute-Cour de justice et aux Cours du comté dont les *official receivers* sont devenus les très utiles auxiliaires.

La surveillance ainsi assurée ne constitue nullement un obstacle aux arrangements possibles entre le débiteur et les créanciers. Sous le régime de la loi de 1869 et des lois antérieures, la Cour compétente, *Court of bankruptcy*, dès qu'elle constatait l'existence d'un acte de nature à entraîner la faillite, la prononçait immédiatement. La loi nouvelle a organisé toute une procédure préliminaire, ordonnance de séquestre, *receiving order*, vérification des créances, convocation des créanciers, interrogatoire public du débiteur, qui n'entraîne pour ce dernier aucune incapacité d'ordre politique et ne lui fait pas perdre la propriété de ses biens. Si une proposition de liquidation amiable, *scheme of arrangement*, ou de concordat préventif, *composition*, est faite par le débiteur, deux réunions successives sont exigées pour en débattre l'adoption, mais cette adoption ne lie les créanciers qu'autant que le concordat ou l'arrangement est ensuite homologué par la Cour (art. 18). La loi, il est vrai, tout en laissant la Cour libre d'homologuer ou de refuser d'homologuer, a augmenté le nombre des cas où le refus lui est imposé (art. 28), et la Cour ne peut jamais accorder son homologation s'il n'est pas pourvu au paiement de toutes les dettes ayant un droit de préférence, lesquelles sont énumérées aux art. 40 et 41 ; elle peut en outre repousser toute composition, dont les conditions ne semblent pas raisonnables ou ne sont pas avantageuses aux créanciers.

Mais si la loi a entrepris de protéger efficacement les intérêts des créanciers et de proscrire les arrangements frauduleux, il serait tout à fait injuste de la représenter comme systématiquement hostile aux arrangements amiables.

Digitized by Google

Sans doute depuis que la loi de 1883 est en vigueur la proportion entre les arrangements ou concordats amiables et les déclarations de faillite s'est trouvée singulièrement modifiée ; de 1869 à 1883 le nombre des concordats et arrangements amiables l'emportait de beaucoup sur celui des déclarations de faillite ; depuis 1884 c'est le contraire qui se produit. Enfin le nombre des ordres de décharge sans condition a notablement diminué, ce qui témoigne assurément de la sévérité plus grande des Cours et de l'efficacité des règles imposées par la loi nouvelle. Il s'agissait avant tout de porter remède à une situation que tous s'accordaient à déclarer intolérable sous la loi de 1869 à 1883 ; eh bien, les résultats déjà constatés sont de nature à donner satisfaction aux créanciers et à relever la moralité commerciale. Si le nombre des déclarations de faillite a augmenté, celui des cessations de paiement diminuait en même temps; arrivé au chiffre de 8.555 en 1883 sous l'empire de la loi de 1869, il n'était plus que de 4.333 en 1885 et de 4.816 en 1886, ce qui témoigne de la crainte salutaire inspirée par la nouvelle loi. Si le nombre des concordats et des arrangements avant faillite qui jadis dépassait celui des déclarations de faillite, est tombé à 5 ou 6 0/0 des cessations de paiement grâce à la sévérité des Cours et au contrôle des *official receivers*, les dividendes fixés par les concordats homologués se sont progressivement élevés par contre ; en 1886 sur cent concordats, 27 seulement offrent un dividende inférieur à 25 0/0 et 21 présentent un dividende dépassant 50 0/0.

Enfin ce qui semble indiquer que les réformes nécessaires fermement introduites dans la nouvelle loi ne l'empêchent pas de rester équitable et indulgente au débiteur malheureux, c'est que contrairement à ce qui se passe chez nous, la demande en déclaration de faillite est bien plus souvent formée par le débiteur que par ses créanciers. En 1886 M. Lyon-Caen signale 3.769 faillites demandées par le débiteur lui-même et 1.072 seulement réclamées par des créanciers. Il convient aussi de signaler le pouvoir d'appréciation très étendu laissé à la Cour. Si la loi nouvelle lui a interdit d'octroyer l'*order of discharge* dans certains cas qui jusque-là avaient été laissés à l'appréciation du juge, et si l'ordre de décharge unique a été substitué aux trois

Digitized by Google

classes de certificats qui étaient admis par la loi de 1849, la Cour en revanche reste libre de subordonner cette décharge à certaines conditions, elle peut même à ce titre exiger du failli qu'il consente à ce qu'un jugement soit obtenu contre lui par le séquestre officiel ou le syndic pour le montant restant non payé de ses dettes; dans ce cas il est entendu que l'exécution de ce jugement ne pourra être poursuivie sans l'autorisation de la Cour qui ne la donnera que sur la preuve que depuis sa décharge le failli a acquis des biens ou touché des revenus pouvant servir à l'aquittement de ses dettes (art. 28); c'est une libération conditionnelle.

Par contre la Cour est autorisée par la nouvelle loi à user d'indulgence dans des proportions qui ont été fort critiquées. Ainsi le failli sans avoir acquitté l'intégralité de ses dettes, sans même avoir payé 50 0/0 de son passif, peut être relevé des incapacités politiques qui le frappent, s'il obtient de la Cour sa décharge avec un certificat attestant que la faillite est provenue de malheurs inévitables sans qu'il y ait eu mauvaise conduite de sa part (art. 32).

Ce qui paraît hors de doute, c'est que les mesures sévères édictées par la nouvelle loi pour la surveillance des arrangements qui jusque-là manquaient de tout contrôle, et particulièrement l'organisation des *official receivers* sont pour beaucoup dans l'approbation unanime que rencontra la loi de 1883, dont les principales dispositions sont destinées, comme le dit M. Lyon-Caen, à régir longtemps la matière de la faillite en Angleterre.

Les critiques, qui se sont fait jour jusqu'ici, sont peu nombreuses et comme elles portent sur des points accessoires, d'importance secondaire, on peut dire qu'elles contribuent à attester l'efficacité générale et le succès de la loi.

Deux de ces critiques portent sur l'article 6 qui énumérant les cas où la déclaration de faillite peut être demandée, n'y admet que les créanciers d'une somme d'au moins 50 livres sterling, 1,250 francs, et d'autre part fixe à trois mois la période suspecte précédant la cessation de paiement pendant laquelle les actes du débiteur peuvent donner lieu à la demande en déclaration de faillite, ce qui revient à dire que la date de l'ouverture

Digitized by Google

de la faillite ne pourra en aucun cas être reportée à plus de trois mois en arrière du jour où elle a été déclarée par le juge.

La loi de 1869 fixait la période suspecte à une année, les mécontents regrettent l'ancienne disposition et prétendent qu'une période de six mois tout au moins s'imposait si celle d'une année n'était pas maintenue. Nous ne pouvons prendre très au sérieux cette critique ; sans doute une période trop courte peut offrir des inconvénients, faciliter des fraudes qui se pourront aisément citer, mais il en est de même des dangers offerts par une période trop longue qui a l'inconvénient d'ouvrir une porte trop large aux réclamations et un encouragement aux procès, sans compter la menace de nullité dont se trouvent frappées toutes les transactions effectuées pendant les mois ainsi mis en suspicion. La loi anglaise se montre en toutes occasions trop respectueuse des nécessités du commerce pour édicter des mesures qui atteignant à la fois les négociants de bonne et de mauvaise foi ne sont admissibles qu'à condition d'être rigoureusement limitées dans leur application. Nous ne saurions donc pour notre part faire un gros grief à la loi de 1883 d'avoir diminué la durée de la période suspecte si cette abréviation a pour effet, comme on a le droit de l'espérer, d'inspirer aux créanciers une plus grande vigilance et plus de décision pour la défense de leurs intérêts.

Nous sommes plus touché de la première critique adressée à l'art. 6. Ce refus opposé aux créanciers de moins de 50 livres du droit de demander la déclaration de faillite nous semble difficilement justifiable. Plusieurs créanciers peuvent à la vérité se réunir et dès lors que leurs créances additionnées représenteront une somme supérieure à 50 livres, il leur sera permis de demander la déclaration de faillite, de sorte que le droit naît de la quotité de la créance elle-même. Voilà qui sembie bien puéril! Ces créanciers de petites sommes seront admis à produire à cette faillite qu'ils sont impuissants à faire déclarer, souvent même leurs créances seront de celles qui doivent être payées de préférence et intégralement, si bien qu'ils se trouvent pourvus de droits qu'ils sont incapables de faire valoir à moins que d'autres créanciers prennent l'initiative qui leur est refusée. C'est là une condition inadmissible; un droit dont l'exercice est subordonné à

Digitized by Google

l'initiative des tiers est comme s'il n'existait pas, et on doit souhaiter que cette anomalie disparaisse de l'art. 6.

Mais ces critiques de détail et quelques autres encore auxquelles satisfaction peut être donnée très facilement sans que l'esprit ni l'équilibre de la loi risque d'en être troublé, ne sauraient empêcher que cette législation nouvelle de 1883 constitue un progrès marqué et consacre cette vérité manifeste qu'un État prudent, où le commerce tient une grande place, ne saurait se désintéresser de la surveillance et du contrôle des opérations de la faillite.

C'est une grave erreur de penser que le vrai libéralisme consiste à laisser tout faire en s'en reposant sur les ayant-droit de la défense de leurs intérêts, le mauvais sort de la loi de 1869 l'a démontré. Quant aux tendances indulgentes qui séduisent à notre époque les meilleurs esprits, l'expérimentation n'en est possible qu'à condition de se faire sous l'œil vigilant des pouvoirs publics, qui ne sauraient se démunir de leurs droits protecteurs sans mettre en danger l'ordre et la moralité commerciale du pays.

ALBERT ARNAL.

HUIT JOURS EN KABYLIE. — A TRAVERS LA KABYLIE ET LES QUESTIONS KABYLES [1],

Par M. François CHARVERIAT
Agrégé des Facultés de droit, professeur à l'Ecole de droit d'Alger.

Compte-rendu par M. J. CHARMONT, prof. à la Faculté de droit de Montpellier.

Il y a peu de temps, présidant à la reprise des travaux de la Société de Législation comparée et rappelant le souvenir des membres de l'association que la mort a frappés pendant le cours de l'année précédente, M. Bufnoir s'arrêtait avec une émotion particulière au nom de François Charveriat. Avec l'autorité qui lui appartient, il a loué comme elle le méritait cette vie si courte, mais si laborieusement employée : « Depuis sa mort, disait-il en terminant, sa famille a pu réunir et publier des études auxquelles il n'avait pas mis la dernière main, sur les usages et les mœurs des populations kabyles de l'Algérie, épave précieuse

[1] 1 volume in-18, Paris, 1889.

Digitized by Google

d'un jeune talent qui a donné mieux que des promesses, mais qui annonçait une abondante moisson [1]. »

C'est sur ce dernier travail de notre ancien et cher collègue d'Alger que nous voudrions appeler aujourd'hui l'attention des lecteurs de cette *Revue*.

Trop modeste, le titre ne promet guère qu'un simple récit d'excursion : on doit s'attendre cependant à trouver dans ce livre autre chose que des impressions de touriste. Le trait dominant du caractère de Charveriat était d'apporter une extrême conscience dans ses moindres actions; et certainement il n'eût pas consenti à parler au public d'un pays qu'il n'eût connu que pour l'avoir rapidement traversé. De toutes les parties de l'Algérie, qu'il avait beaucoup parcourue, la Kabylie l'avait tout particulièrement séduit. Il y était allé et revenu souvent : il ne cherchait pas seulement dans ces voyages une distraction; il y voyait surtout un moyen d'étude. On reconnaissait dans la façon dont il les comprenait l'influence de Le Play qu'il avait notablement subie.

Ainsi l'excursion d'une semaine qu'il fit au commencement de l'été de 1887 n'est pas le vrai sujet de son livre : elle en est tout au plus l'occasion. Nous n'en dirons donc rien ici. Et pourtant, ce n'est pas sans regret que nous passerons sans nous y arrêter sur ces menus incidents si gaiement racontés et sur ces descriptions qui, sans aucune recherche, nous donnent la sensation de ce merveilleux paysage.

Mais l'auteur nous l'avoue : pour lui, « la population de ce curieux pays est encore plus curieuse que le pays lui-même. » C'est cette population qu'il veut connaître : quelles sont les institutions qui la régissent, quelle doit être envers elle l'attitude de la France, ce sont là les deux grandes questions qui l'attiraient.

On ne peut pas dire qu'il y ait à proprement parler une législation kabyle : malgré les différences ethniques qui séparent les Kabyles des Arabes, les uns et les autres suivent la même loi, celle du Coran, commune à tous les pays musulmans. Mais cette loi cependant n'a pas réussi complétement à abroger en Kabylie d'anciennes coutumes avec lesquelles elle se combine : souvent

[1] *Bulletin de la société de législation comparée*, n° 1. janvier 1890, page 66.

Digitized by Google

aussi elle est dénaturée dans son application. Seule l'observation directe peut rendre compte de cette double influence des usages et des mœurs. C'est cette exactitude et cette richesse d'informations qui donnent au livre de Charveriat l'importance et l'attrait d'un document. On trouvera spécialement dans ce livre les détails les plus intéressants sur l'organisation de la famille, le régime de la propriété, qui, par un singulier contraste, se trouve être extrêmement morcelée sans cesser le plus souvent d'être indivise. Les renseignements recueillis sur les guerres de famille, le droit de vengeance, la dette de *rek'ba*, nous éclairent sur une des phases de l'histoire du droit pénal et fournissent de nouveaux arguments à la théorie de l'affinité des législations primitives. Une étude très complète du mariage kabyle montre bien comment la pratique réussit parfois à se mettre, ainsi que nous venons de le dire, en complète opposition avec le droit. Theoriquement, la femme en se mariant doit recevoir une dot du mari: si cette dot ne lui est pas payée à elle-même, le tuteur qui la touche en son nom est tenu de la lui restituer [1]. Mais, en fait, cette règle est absolument méconnue : c'est toujours aux représentants de la femme que la dot est comptée, et ce sont eux seuls qui en profitent. De cette sorte la femme est véritablement vendue au mari par ses parents, ceux-ci tout naturellement sont intéressés à renouveler la même opération le plus souvent possible, et leur plus grand désir après avoir marié leur fille sera de la voir bientôt répudiée par le mari. Aussi s'emploieront-ils de leur mieux à brouiller les nouveaux époux, car lorsque leur gendre lassé de sa femme la renverra, ils la reprendront avec l'espoir de la marier de nouveau et de toucher une autre dot. A ce propos même, l'auteur nous apprend que cette seconde dot sera souvent plus grosse encore que la première.

Victimes de leurs parents, les femmes kabyles ne sont pas moins durement traitées par leurs maris. En apparence, elles ne sont pas aussi malheureuses que les femmes arabes : les mœurs leur laissent en effet une plus grande liberté et notamment celle de sortir de leur maison sans être voilées. A cela près, leur con-

[1] V. sur ce point le *Traité de droit musulman algérien de* M. Zeys, tome 1er § 36.

Digitized by Google

dition n'est pas moins triste : employées aux travaux les plus pénibles, souvent battues et toujours méprisées par le mari, elles ne souhaitent pas cependant d'autre bonheur que celui de n'être pas chassées. La plupart le sont au moins une fois dans leur vie, et si le Kabyle ne répudie pas sa femme devenue vieille, ce sera dans la plupart des cas pour en faire la servante de celle qui l'aura remplacée. Quelle pitié n'éveille pas en nous ce seul trait noté en passant : « Un homme revenait du marché avec un mulet et deux femmes, l'une jeune et l'autre vieille ; arrivé dans la campagne, il rangea la bête à côté de la vieille qu'il fit courber, et la jeune mettant le pied sur l'échine de la vieille, avec autant d'aisance qu'elle aurait fait sur une borne de la route, s'élança lestement sur le mulet. Dans quelques années elle servira à son tour d'escabeau [1]. »

L'étude du droit et des mœurs kabyles n'était pour Charvériat qu'un moyen d'aborder en connaissance de cause l'examen du problème qui lui tenait le plus au cœur, celui de savoir quel doit être notre rôle et quel est notre avenir en Algérie. Réussirons-nous à grouper autour de nous la population que nous avons vaincue? ou bien ne pourrons-nous jamais nous maintenir dans ce pays que par la force? Si l'on ne trouve pas à ces questions une réponse formelle, que nul aujourd'hui ne peut donner, on verra tout au moins, par la lecture du livre que nous avons essayé d'analyser, quelles tentatives ont été faites jusqu'ici, quels sont les résultats obtenus, et quelles difficultés subsistent encore. Le tableau paraîtra peut-être un peu sombre; celui qui l'a tracé était loin cependant d'être découragé : il voyait clairement notre devoir, mais il pensait que pour l'accomplir il n'est pas nécessaire ni même désirable de se faire illusion.

Selon son désir, cette dernière étude qu'il nous a laissée contribuera à faire aimer davantage et mieux connaître cette terre que Prevost-Paradol voulait plus populaire parmi nous et qu'il montrait à notre race comme une ressource et comme une suprême espérance [2]. On nous permettra de dire aussi que cette œuvre fait honneur à notre chère École d'Alger, à laquelle

[1] Page 183.

[2] *La France nouvelle*, page 415

Digitized by Google

Charvériat ne cessa d'appartenir depuis son entrée dans l'enseignement jusqu'à sa mort. Nul ne fermera son livre sans penser à lui avec un douloureux regret; et de nombreuses sympathies viendront s'associer au fidèle souvenir de ceux qui l'ont connu. J. CHARMONT.

PROGRAMME D'UN COURS DE DROIT DES GENS POUR SERVIR A L'ÉTUDE PRIVÉE ET AUX LEÇONS UNIVERSITAIRES [1],

Par M. Alphonse Rivier, professeur à l'Université de Bruxelles.
Compte rendu par M. P. Louis-Lucas, prof. agrégé à la Faculté de droit de Dijon.

Ainsi que l'éminent auteur l'écrit en tête du nouveau livre dont il vient d'enrichir la littérature du droit internationnal, « ce petit volume, né de l'enseignement, est destiné surtout à fournir aux leçons de droit des gens une base sûre, un plan méthodique, des exemples qui sont parfois des preuves, enfin quelques indications bibliographiques. » Ces lignes sont le résumé même de l'œuvre et en caractérisent à merveille le but et la portée. Nous nous trouvons ici en présence d'un simple manuel — (mais combien instructif et précieux dans sa savante simplicité) — qui se propose uniquement de planter les jalons et d'indiquer les points de repère d'une route qu'il montre sans la suivre [2].

Le meilleur moyen de le présenter aux lecteurs de la *Revue critique* et de leur permettre d'apercevoir dès l'abord quels services il est appelé à rendre, de quelle utilité il peut être, et quel profit ils en pourront tirer, est encore, nous semble-t-il, de l'imiter en en retraçant le plan général et les grandes divisions.

[1] 1 vol. in-8, Bruxelles et Paris, 1889.

[2] C'est là l'objet d'un autre travail excellent de M. Rivier, son *Lehrbuch der Völkerrechts*, publié à Stuttgard, en 1889, 1 vol. in-8 de XVI-452 pages. — L'auteur possède un privilège trop peu commun : celui de manier avec une égale facilité les langues française et allemande; il vient de lui permettre de publier à la fois dans ces deux idiomes deux œuvres originales qui, bien que se rapportant à la même matière, ne sont cependant pas la traduction l'une de l'autre. Elles se différencient à la fois par leur objet et par leur étendue.

Digitized by Google

Huit chapitres en forment le contenu. Ils sont relatifs ; aux notions générales et introductoires ; — aux États ; — au territoire, aux cours d'eau internationaux et à la haute mer ; — aux droits essentiels des États et aux restrictions apportées à ces droits par suite de la coexistence des États et en faveur de la communauté internationale ; — aux représentants et organes des États pour les relations extérieures ; — aux négociations ; — aux conventions entre États ou traités ; — aux différends entre États et aux manières d'y mettre fin. — Des additions, changements et corrections et une table alphabétique terminent le volume.

L'énumération qui précède suffit à faire voir que l'auteur, désertant une pratique fréquente de la doctrine, ne divise pas le droit des gens en droit de la paix et droit de la guerre. Celui-ci n'apparaît ici que comme une simple subdivision de la dernière partie, comme le moyen suprême auquel recourent les peuples après avoir vainement épuisé les procédés pacifiques destinés à obtenir justice.

Quant aux qualités intrinsèques du livre, qu'il nous suffise de dire que nous y retrouvons, à un haut degré, toutes celles qui distinguent les autres écrits de l'auteur. A un style alerte, vif et précis, à une conception juste et claire du sujet, vient se joindre, à côté d'une remarquable connaissance des sources et d'une grande richesse d'exemples, puisés la plupart dans l'histoire moderne ou même contemporaine, une constante préoccupation de justifier, par une référence directe aux actes, le caractère positif du droit des gens, le fait qui donne naissance au droit.

Au moment où le droit international public est à la veille d'entrer dans le cadre élargi de l'enseignement de nos Facultés et d'y trouver un nouvel essor, le livre de M. Rivier arrive à son heure. Le nom de l'auteur serait déjà à lui seul une garantie de succès, si l'intérêt bien compris de chacun et la certitude qu'il sera amplement satisfait, ne venait inciter tous ceux dont le droit des gens sollicite l'attention à faire à cet excellent travail, si rempli de bonne, saine et féconde érudition, le même accueil empressé et égoïste qu'à ses devanciers. P. LOUIS-LUCAS.

Digitized by Google

CONGRÈS INTERNATIONAL D'ASSISTANCE

Tenu du 28 juillet au 4 août 1889 [1].

Compte-rendu par M. Félix Herbet, avocat à la Cour d'appel.

Parmi les nombreux congrès qui se sont tenus à Paris pendant l'Exposition universelle, le Congrès international d'assistance occupe un des premiers rangs, tant par l'importance des questions qui y ont été discutées que par le nombre et la qualité de ses adhérents.

Les « Actes » de ce congrès ont été réunis et publiés, grâce à la subvention généreuse du Conseil municipal de Paris ; ils forment deux gros volumes qui contiennent le compte-rendu des séances générales, des séances des sections et des visites faites par les membres du Congrès aux établissements hospitaliers de Paris et des environs. Par cette publication, le Congrès n'a pas seulement laissé après lui un souvenir matériel, tangible de sa brillante existence : il a, de plus, déterminé un mouvement d'idées qui ne s'arrêtera pas, et c'est de lui qu'est sortie la Société internationale pour l'étude des questions d'assistance, qui a pour but de continuer son œuvre et de poursuivre la réalisation des réformes qu'il a préparées.

Le comité d'organisation avait posé les questions suivantes :

1° Dans quelle mesure l'assistance publique doit-elle avoir un caractère obligatoire? Résultats obtenus dans les pays où l'obligation existe.

2e De l'organisation méthodique de la bienfaisance. (Étude des *Charity organisation Societies*).

3° Des modes de placement des enfants qui sont à la charge des administrations publiques et des moyens pris ou à prendre pour assurer leur mise en valeur physique, intellectuelle et morale.

4° De l'organisation de l'assistance médicale dans les campagnes.

Préparée par les substantiels rapports de MM. Théophile Roussel, le président du Congrès, Regnard, Teissier du Cros et Rollet, la discussion a été celle que l'on pouvait attendre d'ora-

[1] 2 volumes in-8 de 560 et 774 pages. Paris, 1889.

Digitized by Google

teurs d'une compétence éprouvée, tels que MM. Thulié, Monod, Peyron, Bourneville, Drouineau, Strauss, Marbeau, etc. Dans les assemblées générales ou dans les sections, des hommes et des dames, venus de tous les pays d'Europe et d'Amérique, ont fait connaître les œuvres qu'ils avaient créées, les institutions qu'ils avaient imaginées pour combattre la misère; ils ont ainsi montré, pour résumer d'un mot tant d'efforts, combien la charité est ingénieuse.

Mais pour être efficace, il faut qu'elle soit organisée. L'initiative privée a donné lieu, à l'étranger, à des *Charity organisation Societies* qui sont moins des sociétés d'assistance que des bureaux d'enquête, chargés d'éclairer les particuliers et les autres sociétés sur la situation et les besoins des indigents. En France, il ne semble pas que nous puissions facilement arriver à cette organisation. C'est à l'État qu'il appartient de réaliser, par la législation, les réformes dont le Congrès a cherché les formules.

M. Monod me paraît avoir été l'interprète du sentiment général quand il a dit en termes excellents : « En matière de secours, l'autonomie exagérée des départements, des communes et des établissements publics est aux dépens des malheureux. La bienfaisance privée corrige en quelque manière les défauts qui lui sont propres et qui sont ses incertitudes, ses caprices, ses incompétences, par sa douceur, sa bienveillance, la sincérité et l'activité de sa compassion. L'assistance publique ne connaît pas ces qualités charmantes ; elle est presque condamnée à la sécheresse ; elle n'a pas le droit de s'abandonner à des émotions, à des élans incompatibles avec l'impartialité et la sévérité qui s'imposent à tout emploi des fonds publics. Mais si l'enthousiasme, la délicatesse de la bienfaisance privée lui sont interdits, qu'au moins elle en évite les déviations et les irrégularités : si elle est froide comme ce qui est officiel, qu'elle rachète sa froideur par une bonne organisation. »

Nous signalerons aussi à nos lecteurs la publication par MM. Derouin, Gory et Fernand Worms de la *Bibliographie méthodique de l'Assistance publique et privée en France et à l'étranger*, qui n'occupe pas moins de 350 pages du second volume. C'est une

Digitized by Google

besogne énorme, dont la pensée seule aurait arrêté les plus laborieux. On sait combien est long, méticuleux, ingrat, ce travail de bénédictin, qui consiste à relever les titres de livres, d'articles de revues et de journaux, et à les classer dans un ordre méthodique. Songez que cette bibliographie comporte tout ce qui a été écrit en France et à l'étranger sur la charité, le paupérisme, le droit administratif en matière d'assistance par l'État, les départements, les communes, les sociétés privées. Considérez que sur certaines questions spéciales, le droit des pauvres dans les théâtres par exemple, il a été publié des centaines de livres, de brochures, d'articles de journaux. Calculez le nombre de questions de ce genre, qui relèvent de l'Assistance, monts-de-piété, assistance judiciaire, etc. Vous ne vous étonnerez pas du développement pris par ce travail bibliographique.

Une œuvre de ce genre est nécessairement incomplète, à sa première édition. Les auteurs s'en sont eux-même rendu compte, puisque leurs recherches patientes, poursuivies pendant le cours de l'impression les ont conduits à ajouter à leur travail sept ou huit appendices. Je leur signale particulièrement ce point que chaque province, au même titre que Paris et l'Algérie, doit avoir son histoire charitable. Il serait utile que chacun pût trouver facilement ce qui intéresse sa ville ou son département; les nombreuses monographies publiées sur les hôpitaux de province, sur les anciennes léproseries, seraient placées là dans l'ordre géographique.

Mais au point de vue pratique, au point de vue moderne, il est impossible d'être plus complet, et cette bibliographie, véritable tour de force, est appelée à rendre les plus grands services à tous ceux qui s'occupent des questions d'assistance.

FÉLIX HERBET.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris. — Imp. F. PICHON, 282, rue Saint-Jacques, et 24, rue Soufflot.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE EN MATIÈRE DE DROIT MARITIME ET DE DROIT INDUSTRIEL

(Année judiciaire 1888-1889).

par M. Ch. Lyon-Caen, professeur à la faculté de droit de Paris et à l'Ecole des sciences politiques.

§ 1er. — DROIT MARITIME.

ABORDAGE MARITIME. — COMPÉTENCE. (Arrêt de la Cour d'Aix du 26 février 1889) [1].

Notre législation laisse beaucoup à désirer en matière d'abordage maritime. Elle a tranché d'une façon très critiquable sous plusieurs rapports les questions résolues par elle (art. 407, 435 et 436, C. com.), et elle ne s'est pas occupée de la question de compétence si importante en cette matière.

Quand un abordage maritime a eu lieu, quel tribunal est compétent pour connaître des actions en dommages-intérêts? Dans le silence de nos lois, la question ne paraît pouvoir comporter qu'une solution conforme aux principes généraux du droit. Il s'agit d'actions personnelles. Dès lors, le tribunal du domicile du défendeur, c'est-à-dire du propriétaire du navire abordeur ou du capitaine de ce navire actionné, est seul compétent. C'est cette solution que la Cour d'Aix a consacrée dans son arrêt. Nous l'avions aussi admise précédemment dans un de nos examens doctrinaux [2], à propos d'un arrêt de la Cour d'appel de la Guadeloupe du 3 août 1885 rendu dans le même sens.

Mais cette solution a les inconvénients pratiques les plus graves. Elle est une cause de grande gêne pour les demandeurs en indemnité, qui doivent aller plaider devant le domicile souvent très éloigné de l'armateur. Ces inconvénients expliquent que de nombreux arrêts aient reconnu la compétence d'autres tribunaux, spécialement du tribunal du port dans lequel le navire abordeur se réfugie après le sinistre; du tribunal du lieu de destination du

[1] *Le Droit*, n° du 17 mars 1889; *Revue internationale du droit maritime*, 1888-1889, p. 660.

[2] *Revue critique de législation*, 1886, p. 337.

Digitized by Google

navire abordé [1]. Mais ce sont là des décisions purement utilitaires en faveur desquelles on ne peut, selon nous, invoquer aucun principe de droit.

En présence de l'arrêt de la Cour d'Aix, il faut souhaiter que le législateur intervienne et déroge en matière d'abordage maritime à la règle, *actor sequitur forum rei*. C'est ce que faisait le projet de revision du livre II du Code de commerce de 1865. L'article 424 de ce projet disposait : « La demande est portée, « soit devant le tribunal du port d'attache du navire abordeur, « soit devant celui de tout port de destination où se trouvera le « navire abordeur. Elle peut aussi être portée devant le tribunal « du port où le navire abordé sera entré en relâche, mais seule- « ment si le navire n'est pas chargé. »

AFFRÉTEMENT. — FIN DE NON RECEVOIR DES ART. 435 ET 436, C. COM. — MANQUANTS. — RÉCEPTION PARTIELLE. (Arrêt de cassation de la chambre civile du 13 février 1889) [2].

Les art. 435 et 436, C. com., établissent une fin de non-recevoir au profit du capitaine et de l'armateur contre les actions pour *dommage arrivé à la marchandise*. La loi impose au destinataire l'obligation de protester dans les 24 heures de la réception des marchandises et de former dans le mois une demande en justice. Il y a là une disposition rigoureuse. Les tribunaux doivent assurément ne pas en étendre l'application. Ils l'ont souvent restreinte dans des limites trop étroites et quelque peu arbitraires.

Il est évident que la fin de non-recevoir dont il s'agit n'est pas opposable au cas de perte totale des marchandises transportées. Il ne peut y avoir alors réception des marchandises. Elle l'est certainement, au contraire, lorsque les marchandises sont détériorées, sans qu'il y ait des manquants. Mais l'est-elle aussi quand il y a perte partielle, c'est-à-dire quand les marchandises transportées ne sont remises qu'en partie au destinataire? Cette question divise les tribunaux de commerce, et les Cours d'appel sont loin aussi de la trancher toutes de la même façon.

La Cour d'Aix avait, dans un arrêt du 27 avril 1887 [3] confir-

[1] Arthur Desjardins, *Traité de Droit commercial maritime*, t. V, n° 1117

[2] *Revue internationale du droit maritime*, 1888-89, p. 625.

[3] *Revue internationale du droit maritime*, 1887-88, p. 32.

Digitized by Google

mant un jugement du tribunal de commerce de Marseille du 25 novembre 1886 [1], admis que la fin de non-recevoir des art. 435 et 436, C. com. est sans application au cas de perte partielle.

Voici les motifs qu'a donnés le tribunal et que la Cour d'appel a complétement adoptés.

La protestation exigée par l'art. 435, en cas de dommage arrivé à la marchandise, n'est possible que s'il y a réception; c'est la réception, en effet, sans protestation faite dans le délai légal qui constitue la déchéance; la loi suppose donc que la marchandise existe, qu'elle est représentée par le capitaine, mais avariée, ayant subi simplement un dommage dont le destinataire a pu se plaindre; que ce cas n'est pas assurément celui où la marchandise manque absolument, qu'il ne peut être question alors de réception de marchandises.

La Chambre civile a cassé l'arrêt de la Cour d'Aix et admis, par conséquent, que la fin de non-recevoir de l'art. 435 s'applique au cas où il y a perte partielle des marchandises, comme au cas où il y a détérioration.

Nous approuvons complétement cette doctrine et nous espérons que les Cours d'appel s'y conformeront. L'art. 435 ne fait pas expressément la distinction qu'on lui attribue et il ne résulte pas non plus de ses termes qu'elle doive être faite. Il parle *du dommage arrivé à la marchandise*. Il y a là une expression assez compréhensive pour qu'on la réfère à la perte partielle comme à la détérioration. Sans doute, dès que la réception n'est pas possible, il ne saurait être question de la fin de non-recevoir; mais, pour qu'il en soit ainsi, il faut qu'il y ait perte *totale;* autrement on ne saurait dire que la marchandise manque absolument; une partie de la marchandise est reçue; si elle l'est sans protestation dans les 24 heures, cela suffit pour justifier la fin de non-recevoir.

AFFRÉTEMENT. — FIN DE NON RECEVOIR. — ACTION EN JUSTICE. — ASSISTANCE A L'EXPERTISE. (Arrêt de cassation de la Chambre civile du 13 mai 1889) [2].

La fin de non-recevoir admise par les art. 435 et 436 en ma-

[1] *Revue internationale de droit maritime*, 1886-87, p. 447.

[2] *Le Droit*, n° du 6 septembre 1889; S. 1890. 1. 21; *Revue internationale du Droit maritime*, 1889-90, p. 12.

Digitized by Google

tière d'affrétement pour les actions relatives au dommage arrivé à la marchandise, ne cesse pas de donner naissance à des difficultés. D'après ces articles, ces actions sont non recevables quand une demande en justice n'a pas été formée dans le mois de la protestation signifiée au capitaine ou à l'armateur. Il est évident qu'une demande en justice n'est pas nécessaire quand l'armateur a acquiescé à la réclamation. Mais faut-il considérer l'assistance de l'armateur à l'expertise provoquée par le destinataire comme impliquant son acquiescement et admettre que, par suite, cette assistance doit faire écarter la fin de non recevoir? Le tribunal de commerce d'Alger l'avait décidé dans un jugement du 4 juin 1887. C'est ce jugement qu'a cassé la Chambre civile. La demande en justice exigée par la loi, est une demande formée par voie d'ajournement devant un tribunal, pour obtenir le paiement d'une indemnité. L'expertise est une mesure préalable à l'exercice de l'action; elle n'équivaut pas à la formation de la demande même. Elle peut seulement dispenser de la protestation à faire, d'après l'art. 435, dans les 24 heures de la réception des marchandises. On ne saurait dire qu'en assistant à l'expertise, l'armateur acquiesce par avance à la demande du destinataire.

ARMATEURS. — CLAUSE DE NON RESPONSABILITÉ. — NULLITÉ. (Arrêt de la Cour de Bordeaux du 5 février 1889) [1].

La Chambre civile comme nous l'avons constaté dans notre dernier examen doctrinal [2], s'est prononcée avec une netteté remarquable en faveur de la validité des clauses de non responsabilité de l'armateur pour les fautes du capitaine, dans un arrêt du 31 juillet 1888. On pouvait espérer que cet arrêt trancherait définitivement en jurisprudence la question si discutée des clauses de non responsabilité. Il n'en a rien été; la Cour de Bordeaux a décidé que ces clauses de non responsabilité sont nulles. Elle ne produit, du reste, à l'appui de sa résistance à la jurisprudence de la Cour suprême que des motifs souvent donnés et réfutés. Nous ne citons, par suite, sa décision que pour montrer qu'il y a là une grave question toujours agitée devant les tribunaux.

[1] *Revue internationale de Droit maritime*, 1889-90, p. 192.

[2] *Revue critique de législation*, 1889, p. 611.

Digitized by Google

ASSURANCE MARITIME. — CLAUSES EXCLUANT CERTAINS RISQUES. — CAUSE RESTÉE INCONNUE. — CHARGE DE LA PREUVE. (Arrêt de la Cour de Paris du 12 janvier 1889) [1].

Les polices d'assurances maritimes, après avoir stipulé que l'assureur répondra de tous dommages arrivés au navire ou aux marchandises par suite des risques de navigation, indiquent presque toujours que certains risques sont exclus. Quand la cause des avaries est connue, les clauses des polices s'appliquent sans peine; selon la nature de la cause des avaries rapprochée de la police, on décide aisément que l'assureur est tenu ou n'est pas tenu envers l'assuré. Mais parfois la cause du dommage demeure inconnue; il n'est pas possible de prouver s'il provient d'un risque compris dans l'assurance ou d'un risque exclu par elle. La question suivante qu'a résolue la Cour de Paris, se pose alors : l'assureur est-il tenu de réparer le dommage par cela même qu'il ne prouve pas qu'il provient de la réalisation d'un risque exclu par la police. En définitive, il y a là une question de preuve; il s'agit de savoir si c'est à l'assureur à prouver qu'on est dans un cas exclu par la police. Si cette preuve lui incombe, il est tenu envers l'assuré par cela même qu'elle n'est pas faite; si ce n'est pas à lui à faire la preuve, il n'est, au contraire, pas obligé envers l'assuré, par cela même que celui-ci ne prouve pas qu'on se trouve dans un cas où l'assureur doit être responsable envers lui.

La Cour de Paris a admis que l'assureur, à défaut de preuve faite par lui, devait être condamné à indemniser l'assuré. Il y a là une solution fort exacte. L'assureur est, en principe, tenu de réparer le dommage causé par des risques de mer. Quand il allégue que le dommage subi provient d'une cause dont il ne doit pas répondre, il soutient qu'un cas exceptionnel s'est produit. Il est naturel que ce soit à lui à en faire la preuve. On doit présumer qu'on se trouve dans un cas ordinaire et normal plutôt que dans un cas exceptionnel. C'est en vertu de cette doctrine qu'il a été souvent jugé que l'assureur qui allégue que le dommage provient de risques de guerre exclus par la police, doit prouver qu'il en est ainsi.

[1] *Le Droit*, n° du 3 mai 1889.

Digitized by Google

ASSURANCE MARITIME. — DÉSIGNATION D'UN TRIBUNAL ÉTRANGER. — CLAUSE COMPROMISSOIRE (Arrêt de cassation de la Chambre civile du 13 mars 1889) [1].

Nous avons vivement critiqué dans cette Revue [2] un jugement du tribunal de commerce d'Aix du 16 décembre 1885 qui annulait comme constituant une clause compromissoire, une clause d'une police d'assurance, d'après laquelle un assuré français admettait la compétence du tribunal du pays de la compagnie d'assurance étrangère pour toutes les contestations pouvant naître du contrat. Nous disions que la convention qui reconnaît compétence à un tribunal étranger, ne constitue pas une clause compromissoire, puisque les juges étrangers ne sont pas des arbitres. Nous ajoutions que, du reste, la validité de cette convention, fût-elle une clause compromissoire, ne serait pas douteuse dans une assurance maritime, puisque, dans ce contrat, en vertu d'une disposition formelle du Code de commerce (art. 332), la clause compromissoire est admise. A notre grande surprise, la Cour d'Aix, dans un arrêt du 24 mars 1886 a confirmé le jugement de Marseille. La Chambre civile a cassé cet arrêt, en se fondant sur les motifs que nous avions indiqués.

CONNAISSEMENT. — CONSTITUTION EN GAGE. — ENDOSSEMENT DE PLUSIEURS EXEMPLAIRES. — MISE EN POSSESSION. (Arrêt de la Cour de Rouen du 27 mai 1889) [3].

La pluralité des connaissements donne trop souvent lieu à des fraudes très graves. Il arrive qu'une même personne ayant entre les mains plusieurs exemplaires du même connaissement, endosse successivement chacun d'eux à titre de gage à différents créanciers. Si ceux-ci sont de bonne foi, un conflit s'élève entre eux. Il y a lieu de déterminer lequel d'entre eux doit l'emporter sur les autres. Cette question, comme nous avons eu l'occasion de l'indiquer dans un examen doctrinal [4], peut se poser dans deux circonstances différentes. Elle peut s'élever soit quand aucun des porteurs n'a obtenu du capitaine la délivrance des marchandises,

[1] *Revue internationale du droit maritime*, 1888-89, p. 626.

[2] *Revue critique de législation*, 1886, p. 345.

[3] *Revue internationale du droit maritime*, 1889-90, p. 186 et suiv.

[4] *Revue critique de législation*, 1888, p. 365 et suiv.

Digitized by Google

soit après que cette délivrance a été faite à l'un d'eux. Dans le premier cas, il n'est pas contestable que le porteur dont l'endossement est le plus ancien en date, doit être préféré. Le propriétaire des marchandises ne peut constituer un second gage qui porte atteinte aux droits d'un créancier gagiste antérieur. Les deux porteurs sont, sauf la date de l'endossement fait à leur profit, dans la même situation; l'un et l'autre, sans avoir la détention matérielle des marchandises constituées en gage, en a la possession, comme cela résulte expressément, du reste, de l'article 92, dern. alin., C. com. : le capitaine les détient pour les créanciers gagistes. Mais, dans le second cas il y a, tout au moins en fait, une différence assez notable entre les deux créanciers gagistes : l'un n'a qu'un titre entre les mains, l'autre a des marchandises constituées en gage à sa disposition. La Cour de Rouen n'admet pas que cette différence de fait doive faire écarter le premier créancier gagiste en date. Elle se fonde sur ce que le porteur d'un connaissement est un possesseur au même titre que celui qui détient matériellement les marchandises. Nous avions tout d'abord approuvé cette solution, qui est conforme à un important arrêt de la Chambre civile du 12 mai 1885[1]. La réflexion et la lecture d'un remarquable article consacré à l'étude de cette question[2] nous ont fait changer d'opinion. Les partisans de l'opinion contraire ne tiennent pas compte des deux conditions distinctes, bien que liées l'une à l'autre, qui sont exigées pour qu'un créancier gagiste ait un privilège opposable aux tiers. Il ne suffit pas qu'il ait été mis en possession, il faut encore qu'il y reste; les art. 2076, C. civ., et 92, 1er alin., C. com., sont formels à cet égard. Or le porteur auquel un connaissement a été endossé à titre de garantie, a bien par là même la possession des marchandises; il les a à sa disposition. Mais peut-on dire qu'elles restent à sa disposition, quand le capitaine ne détient plus les marchandises, mais qu'elles sont, par suite de la délivrance qui en a été faite, entre les mains d'un autre créancier gagiste les possèdant pour lui-même? Nous ne le croyons pas. Les mar-

[1] D. 1885. 1. 185.

[2] Article de M. O. Marais, avocat à Rouen, dans la *Revue internationale du droit maritime*, 1889-1890, p. 281 à 309.

Digitized by Google

chandises ne sont plus à la disposition du porteur du connaissement dès que le capitaine ne les détient plus pour son compte et qu'un tiers en a la disposition. Du jour où un tiers est possesseur des marchandises, la préférence doit, s'il est de bonne foi, lui être accordée. Il est vrai qu'il y a une sorte d'abus de confiance de la part de celui qui a endossé successivement des exemplaires du même connaissement à des personnes différentes. Mais on sait que la règle de l'art. 2279, C. civ., qui est écartée au cas de vol, s'applique au cas d'abus de confiance.

Nous pouvions citer en faveur de notre doctrine l'opinion de M. Arthur Desjardins (*Traité de droit commercial maritime*, t. III, n° 945). Malheureusement le savant avocat-général paraît bien l'avoir abandonnée dans ses conclusions présentées à la Chambre civile à propos de l'arrêt du 12 mai 1885[1], et nous n'osons invoquer son autorité considérable.

Au surplus, quelle que soit l'opinion à laquelle on se range, on ne peut méconnaître que les fraudes se multiplient et qu'elles sont de nature à porter une atteinte très fâcheuse au crédit. Les avances sur connaissement ne présentent pas pour le prêteur une pleine sécurité. Y a-t-il un moyen pour le prêteur de se soustraire au danger des négociations multiples de connaissement? Dans l'état actuel de nos lois, nous ne l'apercevons pas. Le porteur n'est jamais certain d'avoir entre les mains le jeu entier du connaissement; un chargeur de mauvaise foi peut toujours garder un exemplaire en double et le négocier. Il serait urgent de réformer notre législation. Des propositions qui n'ont pas encore abouti, ont été faites dans les derniers temps. Nous signalerons spécialement une proposition adressée récemment, sous forme de pétition, à la Chambre des députés par M. Alexandre Grousset[3].

[1] D. 1885. 1. 185, M. O. Marais, dans l'article cité à la note 2 de la page 535, croit pouvoir concilier les conclusions de M. Desjardins avec l'opinion émise par lui dans son *Traité*. Nous aimerions pouvoir adopter cette conciliation. Elle nous parait conjecturale.

[2] M. Grousset a une connaissance complète de la matière, comme directeur du Comptoir des entrepôts et magasins généraux. La brochure contenant sa proposition est intitulée : *Négociations frauduleuses des divers originaux d'un même connaissement*.

Digitized by Google

CONNAISSEMENT. — GAGE. — ENDOSSEMENT EN BLANC. (Jugement du tribunal de commerce du Havre du 19 avril 1889)[1].

Il a toujours été admis que, lorsqu'un connaissement est à ordre (ce qui est le cas de beaucoup le plus fréquent), les marchandises transportées par mer, auxquelles ce connaissement se réfère, peuvent être constituées en gage au moyen d'un endossement et qu'ainsi, il est satisfait à la condition de mise en possession du créancier gagiste. V. du reste, art. 92, dern. alin., C. com.

Mais un endossement en blanc produit-il cet effet, aussi bien qu'un endossement contenant le nom du créancier? Le tribunal de commerce du Havre admet avec beaucoup de raison l'affirmative. Comme il le fait remarquer dans les motifs de son jugement, l'art. 92, dern. alin., C. com., décide que le créancier gagiste est valablement saisi par un connaissement, sans rien exiger de plus.

On pourrait, il est vrai, être tenté de présenter une objection tirée de l'art. 91, C. com. D'après cet article, *le gage, à l'égard des valeurs négociables, peut être établi par un endossement régulier, indiquant que les valeurs ont été remises en garantie.* Un endossement en blanc n'est pas un endossement régulier dans le sens légal. V. art. 138, C. com. Il ne saurait suffire pour la constitution en gage.

Ce raisonnement spécieux repose sur une confusion. L'art. 91, C. com., dans la disposition visée, s'occupe de la constitution en gage de titres à ordre. Ce n'est pas de cela qu'il s'agit quand un connaissement est endossé à titre de garantie. Que veut alors l'endosseur? Il veut constituer en gage les marchandises auxquelles le connaissement se réfère. Le gage porte donc sur des choses corporelles, non sur un titre à ordre. L'endossement du connaissement n'intervient que comme moyen de satisfaire à la condition de mise en possession du créancier gagiste. Dès lors, la disposition de l'art. 91, concernant la mise en gage des titres à ordre, doit rester sans application. Au reste, la solution à laquelle nous aboutissons est bien conforme aux principes généraux du droit. Que requiert la loi? Elle exige que le créancier gagiste ait

[1] *Revue internationale du Droit maritime*, 1888-89, p. 219 et suiv.

Digitized by Google

le gage à sa disposition. Il l'a aussi bien quand il est porteur en vertu d'un endossement en blanc que lorsqu'il est porteur en vertu d'un endossement régulier indiquant son nom.

Quand l'endossement d'un connaissement a été fait en blanc, par cela même qu'il n'indique aucune cause, des difficultés peuvent s'élever sur le point de savoir à quel titre l'endossement a été fait. La preuve de la constitution en gage peut alors se faire par tous les moyens possibles. Il s'agit, en effet, comme nous le disons plus haut, de la constitution en gage de choses corporelles. Il y a donc lieu d'appliquer l'art. 91, 1er alin., C. com., selon lequel le gage se constate, à l'égard des tiers comme à l'égard des parties contractantes, conformément aux dispositions de l'article 109, C. com.

Ce qui vient d'être dit en dernier lieu n'est vrai que pour le cas où il s'agit d'un gage commercial. Si, au contraire, le gage était civil, sans doute l'endossement même en blanc du connaissement suffirait bien toujours pour la mise en possession du créancier gagiste, mais la preuve de la constitution en gage ne pourrait se faire que conformément à l'art. 2074, C. civ.

Il faut, comme on le voit, bien nettement distinguer les deux questions suivantes ;

a. Comment se prouve le gage entre les parties ou à l'égard des tiers ?

b. Comment est-il satisfait à la condition de mise en possession du créancier gagiste ?

HYPOTHÈQUE MARITIME. — CHANGEMENT DE PORT D'ATTACHE. — DÉCHÉANCE DU TERME. — (Arrêt de cassation de la Chambre civile du 19 décembre 1888)[1].

Un navire français grevé d'hypothèque acquiert un port d'attache en pays étranger. Ce fait entraîne-t-il déchéance du bénéfice du terme pour le débiteur ? La Cour d'Aix avait cru pouvoir le nier[2]. La Chambre civile est d'un avis opposé. Nous adhérons à sa doctrine. La loi sur l'hypothèque maritime suppose un na-

[1] *Revue internationale du droit maritime*, 1888-89, p. 513.

[2] Arrêt du 21 février 1886 confirmant un jugement du tribunal de commerce de Marseille du 23 novembre 1885, même Revue 1885-86, p. 507 et p. 604.

Digitized by Google

vire ayant en France son port d'immatricule, puisque c'est à la recette principale des douanes dans lequel se trouve ce port qu'elle prescrit de prendre l'inscription et de la renouveler. Du jour où le port d'attache d'un navire est transféré à l'étranger, le créancier ne peut plus profiter des dispositions de la loi française pour la conservation de ses droits. Il y a donc là une diminution des sûretés du créancier provenant du fait du débiteur et rendant par suite, l'art. 1188, C. civ., applicable[1]. A ce propos, on avait soutenu que le navire avait conservé un port d'attache en France. La Chambre civile fait justement remarquer qu'un navire ne peut pas avoir plusieurs ports d'attache.

PILOTE — ABORDAGE. — RESPONSABILITÉ DU CAPITAINE. (Arrêt de la Cour de Douai du 25 mars 1889)[2].

La jurisprudence française est aujourd'hui bien fixée sur une question, qui est pourtant encore souvent portée devant les tribunaux. D'après nos lois maritimes, le pilotage est obligatoire à l'entrée des ports et des fleuves. La présence d'un pilote à bord décharge-t-elle le capitaine de la responsabilité dont il est, en principe, tenu envers les tiers, en cas d'accident? Le pilote ne prend pas le commandement du navire; il se borne à donner au capitaine des avis que celui-ci a la liberté de suivre ou de repousser. Dès lors, la responsabilité du capitaine et, par contre-coup, celle de l'armateur (art. 216, C. com.) doit exister bien qu'il y ait un pilote à bord. Dans plusieurs États étrangers, spécialement en Allemagne[3], on admet que le commandement passe au pilote et, dès lors, que sa présence fait disparaître la responsabilité du capitaine. Quelques décisions isolées sont parfois rendues dans le même sens par nos tribunaux[4].

[1] L'art. 1188, C. civ., est certainement applicable aux créances garanties par une hypothèque maritime; il constitue une règle de droit commun. On discute au contraire sur le point de savoir si l'art. 2131, C. civ, s'applique à cette hypothèse V. notre examen doctrinal publié dans la *Revue critique de législation*, 1887, p. 632.

[2] *Revue internationale de Droit maritime*, 1888-89, p. 20.

[3] *Reichsgericht*, 12 juillet 1886, même Revue, 1886-87, p. 712.

[4] Tribunal de commerce de la Seine, 26 mars 1887, *Revue internationale du Droit maritime*, 1887-88, p. 33.

Digitized by Google

PRÊT A LA GROSSE AVENTURE EN COURS DE VOYAGE. — FORMALITÉS DE L'ART. 234, C. COM. — NAVIRE ANGLAIS.—SAISIE EN FRANCE. — LOI DU PAVILLON (Arrêt de la Cour de Bordeaux du 1er avril 1889)[1].

Nous avons constaté, à plusieurs reprises dans nos examens doctrinaux, spécialement dans celui de l'année dernière[2], que la jurisprudence a une tendance marquée à admettre la loi du pavillon du navire pour la solution des conflits de lois concernant les bâtiments de mer. La Cour de Bordeaux a appliqué la loi du pavillon aux formalités à remplir par le capitaine en cours de voyage, quand il veut emprunter à la grosse pour subvenir à des besoins urgents. Nous ne saurions assez approuver cette solution que nous avons défendue depuis longtemps[3] et qui a pour elle d'importantes autorités[4].

Dans l'espèce, un prêt à la grosse avait été fait à Buenos-Ayres au capitaine d'un navire anglais, *Fire Queen*. La somme prêtée était remboursable à l'arrivée du navire à Bordeaux. Le capitaine n'avait pas fait constater la nécessité de l'emprunt par une délibération des principaux de l'équipage, comme l'exige l'art. 234, C. com. Le navire avait été vendu et le prix mis en distribution en France. Un créancier hypothécaire contestait le privilège que prétendait exercer le prêteur à la grosse; à l'appui de sa contestation, il alléguait que la loi française aurait dû être observée et que, d'après cette loi, le défaut de délibération préalable des principaux de l'équipage est un obstacle à l'existence du privilège du prêteur à la grosse.

Cette prétention était fondée évidemment sur l'idée selon laquelle tout ce qui concerne l'existence des droits réels et les formalités à remplir pour qu'ils prennent naissance est régi par la loi de la situation du bien (*lex rei sitæ*). Le navire anglais se trouvant en France, il y aurait en ainsi lieu d'appliquer la loi française.

Mais les navires sont des meubles d'une nature spéciale; con-

[1] *Le Droit*, n° du 23 juin 1889.

[2] *Revue critique de législation*, 1889, p. 622 à 626.

[3] *Etudes de Droit international privé maritime* (*Journal du Droit international privé*, 1882, p. 497 et suiv.).

[4] De Courcy, *Questions de Droit maritime* (1° série), p. 72 et suiv.; Arthur Desjardins, t. V, n° 1140, p. 277.

Digitized by Google

sidérés à certains égards comme des personnes, ils ont une nationalité, un nom, un acte de l'état civil. Sous peine de se heurter aux difficultés pratiques les plus graves, il y a lieu d'admettre que leurs lois nationales les suivent, comme les personnes, en quelque lieu qu'ils se trouvent.

La Cour de Bordeaux résume en quelques mots les arguments décisifs en faveur de cette doctrine appliquée à la question spéciale dont il s'agissait. Elle montre bien les difficultés pratiques auxquelles on se heurte avec la doctrine contraire. On lit notamment dans l'arrêt que l'application de la loi du pavillon est fondée sur la nécessité des circonstances, puisqu'on « ignore où le navire échouera, dans quel pays il sera vendu et où son prix sera distribué. » — On peut ajouter que le législateur français veut, comme cela résulte de l'art. 234, C. com., que la loi française s'applique lorsque le capitaine d'un navire français emprunte à la grosse en cours de voyage. Il y aurait une véritable contradiction à ne pas admettre qu'on applique sous ce rapport la loi de leur pays aux navires étrangers.

RÉASSURANCE. — CLAUSE COMPROMISSOIRE. — CONVENTION ENTRE DEUX COMPAGNIES. — CESSION DE RISQUES. (Jugement du tribunal commerce de la Seine du 8 janvier 1889)[1].

Le Code de commerce autorise la réassurance maritime. Mais il ne contient sur ce contrat que des dispositions fort brèves. L'art. 342 se borne à disposer : *L'assureur peut faire réassurer par d'autres les effets qu'il a assurés. — La prime de réassurance peut être moindre ou plus forte que celle de l'assurance.* Cet article ne saurait suffire à régir le contrat de réassurance. Dans le silence de nos lois, il est naturel de lui appliquer les règles de l'assurance même. Du reste, la réassurance n'est qu'une espèce d'assurance ayant pour objet les risques dont l'assuré s'est déchargé sur l'assureur et que supporte, par suite, ce dernier. Une des conséquenses à tirer de ce principe est que la clause compromissoire, qui est admise exceptionnellement par la loi elle-même (art. 332, C. com.) dans les assurances maritimes, l'est aussi dans les réassurances. Cela n'a jamais fait de doute pour la réassurance ayant pour objet un risque déterminé. Mais aujourd'hui,

[1] *Le Droit*, n° des 21-22 janvier 1889.

Digitized by Google

les compagnies d'assurances font souvent des sortes de traités en vertu desquels une autre compagnie prend pour partie à sa charge tous les risques qu'elles pourront assurer dans l'avenir[1].

Dans un traité de ce genre, la clause compromissoire doit-elle être admise? Le tribunal de commerce de la Seine s'est prononcé pour la nullité de la clause compromissoire. Nous pensons, au contraire, qu'elle est valable.

Ces traités sont des contrats de réassurances. Or dans ces contrats, ainsi que cela a été dit plus haut, la clause compromissoire a toujours été admise sans difficulté. Le tribunal de commerce de la Seine prétend qu'il n'y a réassurance qu'autant qu'il y a déjà des objets assurés. Nous ne voyons pas sur quoi peut se fonder une telle affirmation. Il est vrai qu'à l'époque à laquelle le Code de commerce a été rédigé, on ne connaisait que des réassurances s'appliquant à des risques précis dont le réassuré s'était antérieurement chargé. Mais qu'importe! Les polices flottantes et les polices d'abonnement sont bien considérées comme des polices d'assurances maritimes et pourtant elles sont relatives à des risques indéterminés à courir. Il y a contrat d'assurance, que les choses assurées soient déjà exposées aux risques de mer ou qu'elles ne doivent y être exposées que par la suite. L'assurance ne suppose donc pas des risques actuels ou déterminés par avance. Pourquoi n'en serait-il pas de même pour la réassurance? En définitive, le contrat renferme toujours les mêmes éléments. Les conditions en sont seulement un peu modifiées par suite des besoins nouveaux du commerce. On ne saurait, selon nous, indiquer aucun argument rationnel en faveur de la doctrine du tribunal de la Seine.

RÉASSURANCE. — PRESCRIPTION QUINQUENNALE. (Arrêt de la Cour d'Aix du 14 janvier 1889)[2].

La Cour d'Aix nous paraît avoir, au contraire, appliqué très exactement les principes que nous venons de rappeler. Elle a d'abord déclaré l'art. 432, qui soumet à la prescription de cinq ans les actions dérivant du contrat d'assurance maritime, applicable à la réassurance; puis elle a reconnu le caractère légal de contrat de réassurance à un traité général de réassurance.

[1] V. de Courcy, *Questions de droit maritime* (4e série), p. 261 et suiv.

[2] *Revue internationale du droit maritime*, 1888-1889, p. 536.

Digitized by Google

§ 2. — DROIT INDUSTRIEL.

BREVET D'INVENTION. — CONTREFAÇON. — EXCEPTION DE NULLITÉ. — CHOSE JUGÉE AU CIVIL. (Arrêt de rejet de la Chambre criminelle du 4 avril 1889) [1].

Il est peu de matières ayant donné lieu à plus de difficultés pour l'application des principes sur l'autorité de la chose jugée que celle des nullités des brevets d'invention. Il faut distinguer soigneusement, les *moyens* invoqués à l'appui de la demande de nullité et la *cause* de cette demande.

En fait, un individu actionné devant le tribunal civil comme contrefacteur d'une invention brevetée avait opposé par voie d'exception la nullité du brevet, en alléguant le défaut de nouveauté de l'invention. Cette exception avait été repoussée. Poursuivi postérieurement devant le tribunal correctionnel pour contrefaçon de cette invention, le même individu avait opposé de nouveau la nullité du brevet pour défaut de nouveauté. Il se fondait sur l'antériorité d'un brevet qu'il avait, dit-il, ignoré au moment où le procès était pendant devant la juridiction civile. La Chambre criminelle a décidé que l'arrêt attaqué devant elle avait bien appliqué l'art. 1351, C. civ. ; la *cause* de l'exception était la même, le défaut de nouveauté, bien que, dans le procès correctionnel, le *moyen* invoqué à l'appui fût différent du moyen invoqué dans le procès civil antérieur. La différence des moyens n'est point un obstacle à l'autorité de la chose jugée.

Nous ne pouvons qu'approuver la solution au fond. Mais nous regrettons que l'arrêt de la Chambre criminelle contienne des expressions qui ne sont pas usitées dans la langue du droit en matière d'autorité de chose jugée et qui manquent quelque peu de netteté. On lit dans cet arrêt que « les conclusions prises « devant le juge correctionnel contenaient sans doute un nou- « veau *motif* à l'appui du *moyen* de nullité qu'il avait précé- « demment invoqué, mais que le *moyen* présenté était au fond « le même que celui sur lequel l'arrêt civil avait statué. » Nous avions toujours entendu ou vu opposer le *moyen* à la *cause*, non le *motif* au *moyen*.

[1] *Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, 1890, p. 65.

Digitized by Google

BREVET D'INVENTION. — USAGE PERSONNEL. — CONFISCATION. (Arrêt de rejet de la Chambre criminelle du 5 avril 1889) [1].

La loi du 5 juillet 1844 sur les brevets d'invention réprime la contrefaçon des inventions brevetées (art. 40) et un certain nombre de faits y assimilés (art. 41). D'après les art. 40 et 41 de cette loi, sont punis d'une amende de 100 à 10.000 francs : 1° toute atteinte portée aux droits du breveté, soit par la fabrication de produits, soit par l'emploi de moyens faisant l'objet de son brevet (art. 40); 2° la recel, la vente ou exposition en vente, l'introduction sur le territoire français d'un ou plusieurs objets contrefaits (art. 41). A l'amende la loi ajoute la confiscation. L'art. 49 de la loi de 1844 renferme à cet égard la disposition suivante : « La confiscation des objets reconnus contre-« faits, et, le cas échéant, celle des instruments ou ustensiles destinés « spécialement à leur fabrication, seront même en cas d'acquitte-« ment, prononcées contre le contrefacteur, le recéleur, l'introduc-« teur ou le débitant. Les objets confisqués seront remis au proprié-« taire du brevet, sans préjudice de plus amples dommages-intérêts. »

C'est à cette dernière disposition que se rattache la difficulté sur laquelle a statué la Chambre criminelle. On peut la formuler ainsi : *la confiscation doit-elle être prononcée contre celui qui de bonne foi a acheté un objet breveté pour son usage personnel?* Il faut, pour comprendre comment la question a pu prendre naissance, se rappeler que, d'après une jurisprudence constante, celui qui achète un objet breveté pour son usage personnel n'est pas traité comme contrefacteur, s'il est de bonne foi, c'est-à-dire s'il a ignoré l'existence du brevet. En cas d'achat fait pour un usage personnel, il peut y avoir lieu d'appliquer l'amende prononcée par les art. 40 et 41 de la loi de 1844, mais seulement lorsqu'il y a mauvaise foi de l'acheteur. Il y a alors recel.

Il résulte de là que, si l'acheteur de bonne foi est poursuivi, il doit être acquitté. Mais on a soutenu que l'acquittement ne doit pas empêcher la confiscation, que cela résulte de l'art. 49 de la loi du 5 juillet 1844. Des arrêts [2] et des auteurs [3] ont admis cette opinion.

[1] *La Loi*, n° des 3-4 juin 1889; *Annales de la propriété industrielle, littéraire et artistique*, 1890, p. 9; *Recueil de Sirey*, 1889. 1. 441.

[2] Poitiers, 17 février 1855, *Journal du Palais*, 1855. 1. 267; Paris, 25 novembre 1885, *Annales*, etc., 1888, p. 215.

[3] Blanc, *De la contrefaçon*, p. 677; Pouillet, *Traité des brevets d'inven-*

Digitized by Google

Nous ne la croyons pas fondée et nous approuvons l'arrêt de la Chambre criminelle qui l'a repoussée. Le texte de l'art. 49 sur lequel on prétend s'appuyer pour admettre la confiscation, est contraire, en réalité, à la doctrine de ceux qui s'en prévalent. Il autorise la confiscation contre les *recéleurs*. Or, il n'y a pas recel sans mauvaise foi, c'est-à-dire sans connaissance par le détenteur du délit concernant la chose détenue. L'art. 62, C. pén., consacre ce principe élémentaire.

Il faut, du reste, songer aux graves inconvénients qu'entraînerait l'adoption de l'opinion contraire. Des brevets sont délivrés en grande quantité pour les objets les plus divers et les plus usuels. Personne ne serait à l'abri des perquisitions et des saisies. On ne pourrait acheter un objet quelconque sans être exposé à la confiscation.

On a bien parlé, pour combattre notre opinion, d'une sorte de droit réel appartenant au breveté et lui permettant de suivre les objets contrefaits, quel qu'en puisse être le détenteur. Mais il n'y a dans la loi aucune trace de ce prétendu droit réel.

La Chambre criminelle n'a fait que confirmer son ancienne jurisprudence [1], en déclarant que la confiscation n'est pas possible au préjudice d'un acquéreur de bonne foi faisant un usage personnel de l'objet breveté.

BREVET D'INVENTION. — DÉCHÉANCE. — NON-RÉTROACTIVITÉ. — CONTREFAÇON. — (Arrêts de cassation de la Chambre criminelle du 10 janvier 1889 [2] et du 11 juillet 1889 [3]).

Les tribunaux confondent trop souvent, en matière de brevets d'invention, les déchéances avec les nullités. Elles ne diffèrent pas seulement par leur nature intrinséque : la nullité tenant à un vice de l'invention existant au moment de la formation de la demande de brevet et la déchéance provenant d'un fait postérieur

tion, n° 987; G. Plé, dans les *Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, 1888, p. 193 et 1890, p. 22.

[1] Cass. 25 mars 1848, S. 1848. 1. 579; Cass. 12 juillet 1851, D. 1851. 5. 56.-V. aussi Paris 30 janvier 1888, *Annales*, etc. 1888, p. 229; Amiens, 16 novembre 1888, *Annales*, etc..., 1890, p. 10

[2] *La Loi*, n° du 15 février 1889; *Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, 1889, p. 169.

[3] *Annales*, etc. 1889, p. 234.

Digitized by Google

à cette demande. Elles diffèrent aussi par leurs effets; quand le brevet est annulé, il est réputé n'avoir jamais existé; quand il y a déchéance, le brevet a existé jusqu'au jour où la cause de déchéance s'est produite, il prend seulement fin pour l'avenir; en d'autres termes, la déchéance n'a pas d'effet rétroactif.

Il résulte de là que, malgré la déchéance, des condamnations pour contrefaçon peuvent être prononcées à raison de faits antérieurs en date à la déchéance. La Chambre criminelle a admis cette solution à propos d'espèces dans lesquelles la poursuite en contrefaçon avait été exercée avant que la déchéance fut encourue (dans les deux ans durant lesquels il n'y avait pas eu exploitation de l'invention brevetée). Mais il ne paraît pas douteux que la même solution aurait du être admise alors même que la poursuite aurait été postérieure à la déchéance, par cela seul que les faits de contrefaçon auraient été antérieurs. Aussi nous ne comprenons pas pourquoi la Chambre criminelle a insisté dans les motifs de son second arrêt sur la date de l'introduction des poursuites.

PROPRIÉTÉ ARTISTIQUE. — CONCURRENCE DÉLOYALE. — COMPÉTENCE COMMERCIALE. (Arrêt de la Cour de Paris du 25 mars 1889) [1].

Les questions de concurrence déloyale sont de la compétence du tribunal de commerce, quand le défendeur est commerçant. Il y a là une solution incontestée, qui se déduit de la théorie dite de l'accessoire, en vertu de laquelle les obligations d'un commerçant se rattachant à l'exercice de son commerce sont commerciales [2]. C'est par dérogation à cette théorie que nos lois ont admis que les actions en dommages-intérêts, soit pour contrefaçon d'une invention brevetée (L. 5 juillet 1844, art. 34), soit pour usurpation d'une marque de fabrique ou de commerce, sont de la compétence exclusive du tribunal civil (L. 23 juin 1857, art. 16). On a dit, dans les travaux préparatoires de ces lois, pour justifier ces règles de compétence, que les questions de propriété sont de la compétence des tribunaux civils. Mais, comme nous avons eu l'occasion de le dire, il y a là une erreur [3]. En réalité, les

[1] *La Loi*, n° du 29 mai 1889.

[2] Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial* (2e édition), t. I, n° 177).

[3] V. notre dissertation dans le *Journal du Palais*, 1888. 2. 18 et dans le *Recueil de Sirey*, 1888. 4. 17.

Digitized by Google

questions de propriété mobilière ne sont pas soustraites à la compétence du tribunal de commerce. Il est appelé à en connaître quand la demande est de nature commerciale ou quand ces questions sont soulevées par voie d'exception.

La Cour de Paris a fort bien appliqué ces principes que le tribunal de commerce de la Seine avait méconnus à propos d'une question de propriété artistique.

Dans l'espèce, le demandeur réclamait des dommages-intérêts aux défendeurs, en alléguant qu'ils avaient reproduit une œuvre d'art lui appartenant. Les défendeurs, qui étaient commerçants, contestaient le droit de propriété artistique du demandeur et soutenaient que c'était à eux qu'appartenait le droit exclusif de reproduction. Le tribunal de commerce de la Seine a, dans un jugement du 25 mars 1889, décidé que les questions de propriété artistique sont de la compétence exclusive du tribunal civil et a, en conséquence, sursis à statuer sur la demande, jusqu'à ce que le tribunal civil ait résolu la question de propriété.

La Cour de Paris saisie de l'appel sur la question de compétence, a infirmé le jugement, en reconnaissant que le tribunal de commerce est compétent pour statuer sur les questions de propriété artistique, quand il s'agit d'une attente portée à cette propriété par un commerçant dans l'exercice de son commerce, qu'aucun texte n'attribue en cette matière compétence au tribunal civil. Cela implique bien qu'on ne saurait dire que les questions de propriété mobilière sont attribuées exclusivement au tribunal civil.

PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE. — DÉPÔT. — CONVENTION DE BERNE DU 9 SEPTEMBRE 1886. (Jugement du tribunal correctionnel de Périgueux du 19 juin 1889)[2].

La convention de Berne de 1886 a réalisé de grands progrès dans les règles concernant la protection internationale des œuvres littéraires et artistiques. Ces progrès sont spécialement notables pour les formalités prescrites pour qu'une œuvre soit protégée contre la contrefaçon. D'après la plupart des conventions internationales antérieures, il fallait que les formalités exigées par la loi fussent remplies dans chacun des pays où la protection était

[2] *Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, 1889, p. 126.

Digitized by Google

réclamée. D'après la convention de Berne (art. 2)[1], il suffit que les formalités prescrites par la législation du pays d'origine aient été accomplies pour que l'œuvre soit protégée dans tous les Etats entre lesquels cette convention a été conclue. Il est donc très important de déterminer ce qu'on doit entendre en cette matière par *pays d'origine*. L'art. 2 de la convention de Berne est destiné à résoudre cette question. Il dispose : « Est considéré comme « pays d'origine de l'œuvre, celui de la première publication, ou, « si cette publication a lieu simultanément dans plusieurs pays « de l'Union, celui d'entre eux dont la législation accorde la « durée de protection la plus courte. »

Une difficulté s'est élevée à l'occasion de l'application de cette disposition. Il s'agissait d'un livre imprimé en Belgique, mais qui avait été mis en vente en France et qui portait même sur la couverture qu'il se vendait à Paris chez l'auteur. Celui-ci exerçait des poursuites en contrefaçon en France. Le prévenu lui opposait que ces poursuites étaient non recevables, parce que le dépôt n'avait pas été fait en France (L. 19 juillet 1793 et L. 29 juillet 1881, art. 3). A cette fin de non-recevoir l'auteur répliquait en soutenant que le pays d'origine de son ouvrage était la Belgique, non la France, qu'en conséquence, d'après la convention de Berne, les poursuites étaient recevables, bien qu'aucun dépôt n'ait eu lieu en France. La loi belge du 22 mai 1886 ne prescrit, en effet, aucun dépôt.— Le tribunal correctionnel de Périgueux a admis la fin de non-recevoir. La publication ne consiste pas, en effet, dans l'impression, mais plutôt dans la mise en vente. Or, celle-ci n'avait pas eu lieu sur le territoire belge, mais sur le territoire français.

Cette solution nous semble fort exacte. Mais elle conduit à un résultat assez singulier. D'après la loi du 29 juillet 1881 (art. 3), c'est à l'imprimeur que la loi impose, sous peine d'amende, l'obligation du dépôt. Lorsque l'impression a lieu hors de France, on ne saurait assurément appliquer cette disposition à l'imprimeur

[1] Voir le texte de la convention de Berne dans *les lois françaises et étrangères sur la propriété littéraire et artistique*, recueillies par Ch. Lyon-Caen et J. Delalain, t. II, p. 219, et suiv. (*Collection des principaux Codes étrangers*).

Digitized by Google

étranger, c'est à l'auteur ou à l'éditeur à veiller au dépôt. L'absence de dépôt crée bien alors une fin de non-recevoir contre les poursuites en contrefaçon, comme si l'impression avait eu lieu en France. Mais on ne saurait appliquer l'amende. D'un côté elle n'est pas applicable à l'imprimeur étranger, la loi n'impose obligation du dépôt qu'à celui qui imprime un ouvrage en France. D'un autre côté, on ne peut appliquer à l'auteur ni à l'éditeur le texte d'une loi pénale qui vise exclusivement l'imprimeur.

RÉCOMPENSES INDUSTRIELLES. — USURPATION. — INDICATIONS. — BONNE FOI. — LOI DU 30 AVRIL 1886 (Arrêt de la Cour de Paris du 25 mai 1889) [1].

L'usurpation des récompenses obtenues dans les expositions n'a constitué pendant longtemps qu'un simple fait de concurrence déloyale donnant comme délit civil naissance à une action en dommages-intérêts. La loi du 30 avril 1886 en a fait un délit correctionnel. Ce délit suppose comme élément essentiel la mauvaise foi des délinquants; l'art. 2 de cette loi parle de ceux qui *sans droit et frauduleusement* se sont attribués publiquement des récompenses qui ne leur ont pas été décernées. Mais ce n'est pas à dire que tous les délits prévus par la loi de 1886 aient la même nature; la Cour de Paris a justement décidé que la disposition de cette loi qui punit celui qui se sert d'une récompense industrielle, sans faire connaître sa date, sa nature, l'exposition ou le concours où elle a été obtenue et l'objet récompensé, est punissable malgré sa bonne foi. Art. 1, 2e alin. et art. 4, L. du 30 avril 1886.

CH. LYON-CAEN.

DE LA PROPRIÉTÉ ET DES SERVITUDES RURALES D'APRÈS LA LOI DE 1791.

(*Suite* [2])

par M. Ferdinand JACQUES, docteur en droit,
ancien président du Tribunal d'Avignon, correspondant de l'Académie de législation de Toulouse.

II. — *Des servitudes et démembrements de la propriété d'après la loi rurale.*

20. Nous avons déjà fait ressortir les différences saillantes qui

[1] *Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, 1890, p. 122.

[2] Voir *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1889, tome XIX nouvelle série, page 492.

Digitized by Google

existent entre la propriété pleine et entière et celle qui est plus ou moins démembrée; c'est dans cette partie de notre sujet que vont se produire la plupart des controverses que les débats de cette nature font surgir. Le Code civil, sans poser, à cet égard, une division doctrinale, semble répartir ces démembrements en deux catégories, ceux qui absorbent en tout ou en partie les fruits du sol, et ceux qui sans rien prendre sur les produits imposent une gêne au propriétaire obligé de respecter les droits de vue, de passage ou autres régulièrement constitués sur son fonds. L'usufruit, l'usage et l'habitation rentrent dans la première hypothèse, alors que les droits d'égout, d'aqueduc, d'aspect et de prospect se classent dans la seconde.

Bien que les prérogatives inhérentes à ces divers droits ne se ressemblent guère, on a fini par les réunir sous l'appellation générale de servitudes; mais en tenant compte de leurs caractères spéciaux, l'usufruit et ses dérivés ont été qualifiés de servitudes personnelles, parce que leur durée plus ou moins limitée est, en général, subordonnée à l'existence d'une personne, alors que les autres instituées au profit du sol s'y incorporent et sont perpétuelles de leur nature; de là le nom de servitudes réelles qui leur est imparti; et le Code civil, pour ne laisser aucun doute sur leur destination, leur donne la qualification de servitudes ou services fonciers. Cette terminologie n'a pas une grande importance, elle précise et facilite quelque peu les discussions, mais au fond, elle n'empêche pas que toutes ces servitudes ne constituent des démembrements de la propriété, diminuant plus ou moins sa valeur et son utilité.

Sans entrer pour le moment dans de plus amples détails, nous constatons que les servitudes dont nous allons nous occuper ont, sans aucun doute, un caractère de réalité, mais qu'il n'est pas possible de les renfermer exactement dans le cadre restreint tracé par le Code civil. L'art. 637 considère ces servitudes « comme une charge imposée à un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire ». Si la réalité et la perpétuité se dégagent de ce texte, rien ne fait allusion à la prise de certains émoluments; or c'est précisément ce qui constitue le signe caractéristique et distinctif des servitudes réelles qualifiées

Digitized by Google

usages ruraux et forestiers. C'est en se plaçant à ce point de vue qu'on peut les dire *mixtes*, car le motif tiré de l'utilité du fonds et de l'avantage qu'en retire le propriétaire est, à vrai dire, commun à toutes les servitudes, leur but final étant de profiter au maître du sol dominant et à tous ceux qui sont préposés à son exploitation. Ces servitudes ont donc une physionomie propre, un caractère spécial qui ne cadre pas exactement avec l'art. 637, pas plus que les paissons forestières telles que panage et glandée. Malgré cela le fonds dominant n'en constitue pas moins le sujet actif de la servitude, l'immeuble auquel elle est exclusivement attachée, sans se préoccuper en aucune façon du propriétaire qui, sous ce rapport, n'exerce aucune influence.

21. Les usages réels participant de la nature des services fonciers, il faut emprunter au titre que le Code civil consacre aux servitudes quelques indications générales qui dominent notre sujet, et sur lesquelles nous aurons plus d'une fois l'occasion de revenir dans nos développements ultérieurs.

D'après l'art. 687 les servitudes sont *urbaines* ou *rurales;* cette distinction d'origine romaine est aujourd'hui dépourvue d'intérêt. Sont urbaines les servitudes dues à des bâtiments, qu'ils soient situés à la ville ou à la campagne; et rurales celles qui s'attachent à des fonds de terre, abstraction faite de leur situation. Cette division n'a ni valeur, ni portée juridique, elle n'est même pas en harmonie avec le langage ordinaire qui qualifie d'habitation ou de maison rurale les constructions situées à la campagne, et sur lesquelles il est néanmoins loisible d'établir des servitudes urbaines.

Les quatre articles suivants ayant une grande importance, nous les transcrivons littéralement pour en bien préciser la portée :

Art. 688 : *Les servitudes sont ou continues ou discontinues.* — Les servitudes continues sont celles dont l'usage est ou peut être continuel sans avoir besoin du fait actuel de l'homme : tels sont les conduites d'eau, les égouts, les vues et autres de cette espèce. — Les servitudes discontinues sont celles qui ont besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées; tels sont les droits de passage, puisage, pacage et autres semblables.

Art. 689 : *Les servitudes sont apparentes ou non apparentes.*

Digitized by Google

— Les servitudes apparentes sont celles qui s'annoncent par des ouvrages extérieurs; tels qu'une porte, une fenêtre, un aqueduc. — Les servitudes non apparentes sont celles qui n'ont pas de signe extérieur de leur existence, comme par exemple la prohibition de bâtir sur un fonds ou de ne bâtir qu'à une hauteur déterminée.

Art. 690 : Les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par titre ou par la possession de trente ans.

Art. 691 : *Les servitudes continues non apparentes et les servitudes discontinues apparentes ou non apparentes ne peuvent s'établir que par titres.* — La possession même immémoriale ne suffit pas pour les établir, sans cependant qu'on puisse attaquer aujourd'hui les servitudes de cette nature déjà acquises par la possession, dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière.

Les servitudes de pacage ou de pâturage, qui nous intéressent plus particulièrement, n'étant ni continues ni apparentes, se rangent dans la catégorie de celles qui ne peuvent s'acquérir que par titre. L'art. 691 après avoir édicté une règle absolue rappelle l'exception qui a joué un grand rôle dans l'ancienne jurisprudence. Tous les droits acquis sous l'empire des coutumes qui admettaient la prescription de ces sortes de servitudes par une possession plus ou moins prolongée sont respectés; le passé se trouve maintenu, mais à l'avenir cette possession, à bon droit considérée comme équivoque, sera inopérante pour entraîner la prescription des servitudes discontinues.

Constatons, en outre, que pacage et pâturage qui avaient l'un et l'autre une signification restreinte, en reçoivent une autrement large, leur permettant d'englober les servitudes de toute nature ayant en vue l'alimentation du bétail. De la sorte ils se rapprochent sensiblement de la vaine pâture qui, jadis, constituait le droit commun en matière de dépaissance.

22. Le mot pâturage dans son acception courante, constitue une expression générique qui comporte des acceptions multiples et diverses. Il désigne : 1° les plantes et herbages de toute nature servant à l'alimentation du bétail, que la pâture soit grasse ou maigre, abondante ou restreinte, peu importe; c'est un fait maté-

Digitized by Google

riel et rien de plus; 2° le sol ou les immeubles aux dépens desquels cette faculté s'exerce; 3° enfin le droit à la faveur duquel on conduit un troupeau sur les possessions d'autrui. Les expressions les plus larges et les plus usitées sont pacage, dépaissance, pâturage. Le mot compascuité implique une faculté exercée en commun; cette locution méridionale convient plus particulièrement au parcours et à la vaine pâture.

La loi forestière a aussi sa terminologie propre. Le panage constitue le lot des porcs, il s'applique aux fruits des essences forestières tels que faînes, glands et autres. La glandée ou glandage s'exerce sur les mêmes objets, mais il comporte le droit de ramasser les glands et de se les approprier.

Paisson, malgré son apparente généralité, est souvent employé comme synonyme de panage; il n'y a pas jusqu'aux mots pacage et pâturage qui ne subissent l'influence de ce milieu. Le premier d'après l'ordonnance de 1669 (tit. XI art. 1 et 13) s'appliquait surtout à la dépaissance du gros bétail, *tel que cheval, bœuf, vache et autres bêtes aumailles*. Le second dans son acception restreinte ne visait guère que les bêtes à laine aussi appelées *bêtes blanches*. Du rapprochement des deux articles précités il ressort clairement que les moutons ne pouvaient être considérés comme bêtes aumailles. Cette ordonnance, en effet, loin de classer la race ovine dans cette catégorie, l'exclut formellement des bois et forêts de l'État. Que cette prohibition s'effaçât devant un titre formel, ou même faiblît en présence d'une tolérance prolongée, peu importe; cette concession restreinte était impuissante pour conférer à ces animaux une qualité qu'ils n'avaient pas auparavant. Qu'à raison de la diversité des coutumes et usages locaux les moutons eussent, dans certaines provinces, pris rangs parmi les aumailles[1], cela se conçoit; mais ces exceptions ne pouvaient tirer à conséquence l'ordonnance de 1669 étant dans toute la France, la représentation du droit commun en matière forestière.

Le Code civil d'abord (art. 688) et le Code forestier en suite ont

[1] D'après certains etymologistes *aumaille* dériverait du latin *ad manum* et désignerait les animaux que l'on a sous la main, à son entière disposition. En prenant cette explication à la lettre ne serait-on pas entrainé à placer dans cette catégorie tous les animaux domestiques, voir même les volailles les lapins et les vers à soie ?

Digitized by Google

rétabli ces expressions dans la plénitude de leurs droits; pour s'en convaincre il suffit de se référer aux art. 78 et 110 de ce dernier Code et l'on constatera que pacage et pâturage sont indistinctement employés l'un pour l'autre et avec leur acception la plus large.

23. Les animaux attachés à la culture étant appelés à bénéficier de ces différentes *paissons*, il convient de nous arrêter quelques instants sur des appellations que nous rencontrons bien souvent sur nos pas.

Le mot *animal* réduit à lui-même a une signification fort étendue et presque illimitée; elle est encore très large lorsqu'elle est accompagnée du qualificatif *domestique*. Il comprend alors tous les animaux qui vivent avec l'homme et subissent son action immédiate. Le mot *bête* a à peu près la même portée; on dit bête de somme, de charge, de trait ou de monture, ce qui comprend surtout le gros bétail, tel que bœuf, cheval ou mulet. Le bétail de moindre importance représenté par les espèces ovine, caprine et porcine, profite aussi de cette appellation; il n'est pas jusqu'aux animaux de basse-cour qui ne puissent en bénéficier; les mots bétail et bestiaux peuvent aussi, suivant les circonstances, recevoir une grande extension. Plus communément, toutefois, ils désignent les bêtes à laine et les animaux classés dans la même catégorie.

Troupeau s'applique à la réunion d'un certain nombre d'animaux domestiques qui sont gardés en commun. Les chevaux, les bœufs, les mulets, le gros bétail en un mot, peut être gardé de cette façon, mais dans les pays où on les élève en nombre, ils sont généralement parqués dans de vastes pâturages, où ils restent indéfiniment livrés à eux-mêmes. Il n'en est pas de même des races ovine, caprine et porcine qui sont toujours conduites par un berger, et rentrent chaque soir à leur gîte ordinaire. Certaines volailles, telles que dindes et oies, sont aussi menées en troupeau, dans les pays où l'on en fait un grand commerce. Les autres volailles, bien que fidèles à leur perchoir, n'acceptent pas ce mode de surveillance.

Aucun des termes dont nous venons de parler n'étant défini par la loi, nous restons forcément en présence de données géné-

Digitized by Google

rales qui varient suivant les circonstances et le milieu dans lequel on se meut. Ainsi un arrêt de la Cour de cassation du 7 juin 1806 décide que les chevaux, mules et mulets, ne sont pas compris dans l'expression bestiaux; alors que suivant d'autres, bœufs, vaches, moutons et chèvres s'y trouveront compris. Au fond de tout cela il n'y a qu'une question d'appréciation dominée par les habitudes locales et le contexte des actes qu'il s'agit d'interpréter; quelle que soit la solution qui triomphe, comme elle est toujours motivée en fait, la cour suprême procède invariablement par voie de rejet. C'est surtout à propos de certaines ventes en bloc, ou de dispositions de dernière volonté, que les hésitations se produisent. A tout événement il est facile de dissiper les équivoques, en employant pour chaque espèce de bétail l'appellation qui lui convient.

Tous les animaux domestiques n'étant pas indistinctement admis aux compascuités, nous examinerons ultérieurement la situation faite aux uns et aux autres.

24. *La pâture*, de quelque nom qu'on la décore, est un produit du sol, et à ce titre elle appartient au propriétaire qui doit rester libre d'en disposer comme bon lui semble, soit directement, soit en la cédant à des tiers à titre gratuit ou onéreux. Tels sont les principes proclamés par les jurisconsultes romains, acceptés dans les pays de droit écrit et confirmés de rechef par la loi rurale au début de la section IV consacrée à notre sujet.

Mais il a fallu de tout temps et même encore aujourd'hui, compter avec des usages invétérés qui ont profondément modifié ces données juridiques et constitué une sorte de communauté de pâturages qui a régné de vieille date un peu partout, et presque sans partage dans les pays de coutume. La Poix de Fréminville, dans sa *Pratique des Terriers* [1], la formule de la manière sui-

[1] Tome III, p. 437. Edme de La Poix de Fréminville, bailli du marquisat de La Palisse, écrivait au milieu du siècle dernier· son ouvrage intitulé *Pratique universelle pour la rénovation des terriers* compte cinq forts volumes. Il contient sur l'état de la propriété, à cette époque, de nombreux et utiles documents qu'on a souvent de la peine à trouver ailleurs. Il indique avec soin la nature et la valeur de la plupart des charges féodales et seigneurales qui pesaient alors sur le sol. C'était en quelque sorte un bilan dressé aux approches d'une liquidation sociale. Nous aurons souvent l'occasion de le citer.

Digitized by Google

vante : « Le droit de faire paître son bétail sur l'héritage d'autrui dépouillé de ses fruits est de droit commun, il ne faut point de titre hors que l'héritage ne fût clos; et cette règle est si générale qu'elle s'étend même sur les fonds du domaine général. » Le Midi lui-même avait, dans certaines limites, subi l'empire de cette règle en admettant à titre de tolérance ce qui, ailleurs, était considéré comme un droit.

Si l'on voulait remonter à l'origine de ces pratiques, on se trouverait en présence des appréciations les plus divergentes : souvenir d'une communauté primitive, titre même présumé, — us et coutumes, — tolérance prolongée qui sert de base à la possession immémoriale, telles sont les données sur lesquelles on discute depuis longtemps, sans que l'entente ait jamais pu s'établir. Cela, au surplus, n'a qu'une faible importance. Quel intérêt aurions-nous à parcourir et mesurer ces plaines immenses, ces vastes solitudes où, d'après le poète, les troupeaux pouvaient vaguer librement et indéfiniment nuit et jour; à signaler les provinces dans lesquelles ces résultats se sont plus particulièrement produits ; ou bien encore à discuter sur les causes évidemment multiples qui ont présidé à la naissance et au développement de l'institution ? En l'état il nous suffit de savoir qu'elle a survécu et trouvé place dans la loi moderne.

Constatons toutefois que les origines multiples qu'on lui assigne ne sont pas étrangères à ses développements successifs, et on comprendra plus facilement qu'à ses débuts on ne songeât guère à s'occuper des servitudes individuelles, des titres privatifs, chacun trouvant dans l'usage consacré ou la tolérance reconnue une latitude suffisante pour l'entière satisfaction de ses besoins. Pourquoi d'ailleurs se localiser lorsque la coutume impartit une plus grande liberté? Comment établir un droit privatif là où tout le monde peut librement pâturer? Ce n'est que sur les rares fonds soustraits à la dépaissance commune qu'on aurait pu utilement opérer. En augmentant le nombre de ces immeubles et en diminuant la sphère d'action de la tolérance, on fit plus tard ressortir l'utilité des titres privés dont la base était plus large et plus solide.

25. Les servitudes de cette nature qui sont fondées sur un

Digitized by Google

acte précis, confèrent des droits sur un ou plusieurs immeubles exactement désignés. Cette faculté peut être établie à titre privé, ou réciproque sur toutes les propriétés des constituants, ou sur certaines seulement. Il s'agit alors d'une servitude conventionnelle ; et le titre qui la concède détermine sa valeur, son étendue et les divers objets sur lesquels elle s'exerce. Si la servitude légale a des limites assez étroites, il n'en est pas de même de celle qui dérive d'un pacte, qui peut prendre des proportions démesurées, atteindre non seulement les landes, herbages et pâtures venues après l'enlèvement de la récolte, mais aussi l'ensemble des autres produits, réduire à peu de chose et presque à rien la part du propriétaire : on se trouve alors en face de la *vive et grasse pâture*, qui, précisément parce qu'elle menace de tout envahir, exige un titre encore plus catégorique.

Une servitude n'est qu'une charge plus ou moins lourde imposée à une propriété, elle sort de sa sphère si elle parvient à tout absorber. Telle est la règle qui sert de base à l'interprétation. Plus un titre est large et compréhensif, plus il est rigoureusement interprété ; dans le doute, en présence d'expressions vagues et indéfinies, on restreindra le plus possible la concession, on s'efforcera même de la faire rentrer dans le cadre de la vaine pâture ou de la ramener à un autre type s'éloignant le moins possible du droit commun. Ceux qui veulent aller plus loin et franchir toutes les limites doivent le dire clairement, surtout s'ils élargissent à l'excès le cercle de la vive et grasse pâture, si, en un mot, ils désirent atteindre les prairies naturelles, artificielles et généralement les produits de toute nature. Celui qui aurait l'imprudence de céder un droit aussi exorbitant, doit d'autant plus veiller que la servitude est plus envahissante ; si elle prenait tout, le propriétaire négligent s'exposerait, à la longue, à voir sa situation compromise.

Ces déductions, qui sous l'empire de notre législation actuelle sont certaines et irréfragables, subissaient anciennement de notables restrictions par suite de lois ou coutumes d'ordre public qui limitaient les droits du propriétaire lui-même et l'empêchaient, avant l'enlèvement de la récolte, d'introduire ses troupeaux dans les vignes, guérets et autres cultures destinées à l'alimentation.

Digitized by Google

Ces prohibitions, quelque peu arbitraires, renfermaient les concessions de cette nature dans un cadre plus étroit; elles atténuaient l'indolence des uns et l'imprudence des autres, si tant est que ces conventions fussent alors plus fréquentes qu'aujourd'hui.

26. Ramenées à de plus modestes proportions et utilisées par la généralité des habitants d'une paroisse ou commune, les facultés de ce genre constituaient *la vaine pâture*, c'est-à-dire la servitude de droit commun d'après l'auteur de *la Pratique des terriers;* ou la servitude municipale et coutumière, si l'on préfère la terminologie adoptée par Proudhon dans son savant traité de l'usufruit. Elle se prend sur les prairies après la fauchaison, sur les terres sans semences ni fruits, chaumes, friches, jachères, marais, bruyères, pâtis, places, chemins et autres propriétés saines et vagues, non clôses ni mises en défends par l'usage ou la coutume.

S'agit-il de la paisson du bétail, que deux communes limitrophes envoient réciproquement l'une sur l'autre, on se trouve en présence du *parcours* qui opère sur les mêmes éléments que la vaine pâture et qui constitue comme nous le dit encore de Freminville (tome III, p. 483), une société faite entre les habitants d'une paroisse avec ceux d'une autre sa voisine, par laquelle ils se sont respectivement donnés la liberté de laisser paître et pâturer leurs bestiaux en vaine pâture sur leur finage et territoire sans pour ce encourir aucune amende.

Malgré de nombreux points de contact, il existe entre ces deux institutions des différences capitales que nous aurons bientôt l'occasion de mettre en relief.

27. La dépaissance sur les propriétés appartenant aux paroisses, appelées *communes*[1] ou pâturages communs et communaux, qu'il s'agisse de paquis, bois, bruyères, terres hermes et vagues, constitue une catégorie à part qui requiert quelques indications spéciales.

[1] Cette expression est constamment employée dans les anciennes ordonnances pour désigner les biens communaux, les terres et propriétés *communes*. Habitués aujourd'hui à la considérer comme synonyme de circonscription municipale, nous avons besoin de nous tenir en garde en lisant les anciens monuments législatifs et judiciaires et de nous rappeler que ce mot commune, avec sa signification actuelle, est tout à fait moderne; même

Digitized by Google

La communauté d'habitants étant propriétaire jouit, soit par elle-même, soit par les membres de l'agglomération considérés en quelque sorte comme co-propriétaires, ils ont individuellement, *ut singuli*, le droit de profiter de ces pâtures; il n'est pas même nécessaire qu'ils possèdent des immeubles dans le ressort de la circonscription, dans l'espèce l'incolat suffit, c'est de cette seule qualité que la prérogative découle. Pour la protéger et empêcher les riches d'en absorber tous les bénéfices, on tenait au besoin compte des possessions en vue de déterminer la quantité de bétail que chacun pouvait envoyer à ces compascuités. Le droit des moins fortunés était si respectable aux yeux de l'ancienne jurisprudence que pour le sauvegarder on défendait rigoureusement la vente, le partage, le défrichement et même la simple location de *ces communes*. Si l'ordonnance forestière de 1669 (titre 25, art. 7) autorise la mise en ferme pour un bref délai, c'est à condition *que les intéressés y consentent*, que les pâturaux leur appartiennent exclusivement sans partage; et enfin que le prix soit employé aux réparations des paroisses, dont les habitants sont tenus, ou autres urgentes affaires de la communauté[1].

Ce sont des lois révolutionnaires qui ont ordonné le partage des biens communaux, estimant, non sans raison, que les propriétés de cette nature seraient plus productives du moment où elles n'auraient d'autre régulateur que l'intérêt privé (V. Lois du 14 août 1792 et 10 juin 1793).

après la Révolution et jusque dans la loi rurale de 1791 on se sert fréquemment de cette locution *communauté d'habitants*, pour désigner l'agglomération municipale. C'est vers cette époque et surtout depuis la loi du 10 juin 1793 que celle de commune a pris la signification exclusive qui lui est définitivement acquise. Elle a supplanté le mot *paroisse*, anciennement fort usité dans le même sens et qui, en l'état, n'a plus guère cours que pour spécifier une circonscription religieuse.

[1] V. *Pratique des terriers*. t. III. p. 467 et 496. Notons en passant qu'une ordonnance royale du 7 octobre 1818 élargit cette faculté en autorisant *la mise en fermage des bois communaux qui ne sont pas nécessaires à la dépaissance des troupeaux*. L'organisation administrative moderne et l'émiettement du patrimoine municipal favorisé par les lois intermédiaires, avaient déjà enlevé à cette mesure presque toute son utilité. On conçoit dès lors que l'ordonnance de 1818 l'ait rajeunie, en la renfermant dans ses limites naturelles.

Digitized by Google

Considérés au point de vue des produits seulement, ces immeubles tombaient toujours en vaine pâture; et comme ils ne sont défensables dans aucun temps si le parcours est superposé au vain pâturage, outre que le droit de propriété se réduit à fort peu de chose pour la commune, les habitants qui ne possédaient rien étaient, sur beaucoup de points, menacés d'une exclusion complète. C'est pour ces motifs, sans doute, qu'on avait introduit l'usage d'en mettre en réserve une partie plus ou moins notable spécialement affectée aux habitants, et qui était d'un grand secours pour le bétail, pendant le temps que les compascuités étaient suspendues ou réduites à fort peu de chose. C'est à ce droit que fait allusion la coutume de Vitry (art. 122) qui le qualifie de *pâture grasse* réservée *aux habitants et demeurans aux finages où elles sont assises.*

Ces restrictions pouvaient bien renfermer la règle dans des limites plus étroites, mais elles étaient impuissantes à paralyser un droit qui se défendait avec énergie. Le parcours en particulier était jaloux de ses prérogatives et ne les laissait pas entamer. Considéré en principe comme une servitude conventionnelle, il avait la prétention de conserver dans son état primitif la part qui lui était dévolue; c'est ce qui explique pourquoi il était, plus que la vaine pâture, réfractaire aux transformations qu'on essayait de lui faire subir. Malgré cela, comme ces modifications étaient souvent avantageuses aux deux paroisses, on y avait parfois recours, ainsi que l'atteste l'auteur de la *Pratique des Terriers* (t. III, p. 494).

Les mêmes motifs avaient poussé les particuliers à se créer des ressources pour nourrir leurs bestiaux au moment où les greniers étaient vides et le pâturage réduit à sa plus simple expression. Cet usage, qui n'avait pas de profondes racines, s'étendit quelque peu à la faveur de la clôture qu'on admettait assez facilement autour des habitations et de leurs dépendances. On fut même plus loin et certaines coutumes toléraient, pour chaque bœuf *arrans* ou de travail, *un journal* ou toute autre mesure locale plus ou moins restreinte. D'autres un peu plus libérales sous le rapport de la clôture, généralisaient cette pratique en ne lui accordant qu'une durée limitée; comme cela ressort de la coutume de

Digitized by Google

Berry (tit. X, art. 8), où il est dit : « Tous pâtureaux sont aussi défensables depuis le 15 mars jusqu'au 15 juillet », c'est-à-dire jusqu'à cette époque de l'année où l'état des récoltes promet aux compascuités une grande et rapide extension [1].

Ces mises en défense se manifestaient soit par la clôture réelle, soit par certains procédés fictifs qui variaient suivant les localités, quelques monticules de terre placés sur les points extrêmes de la propriété, surmontés d'une pierre et parfois d'une branche d'arbre, tels étaient les signes fréquemment employés, surtout dans le Midi. Ils constituaient une barrière idéale que pâtres et troupeaux ne pouvaient franchir sans s'exposer à une amende plus ou moins rigoureuse. Si le délit se commettait de jour, elle était légère; s'il se produisait pendant la nuit, elle était plus lourde, en général double et parfois arbitraire.

28. La Poix de Fréminville [2] atteste que nombre d'ordonnances, de coutumes et d'arrêts, surtout du parlement de Paris, érigeaient en délit le seul fait de conduire pendant la nuit son bétail aux pâturages communs. Si cette pratique était conforme aux usages suivis dans le nord de la France, elle ne cadrait nullement avec ceux adoptés dans le Midi, en Provence surtout, où les ardeurs du soleil, en mettant obstacle aux paissons diurnes, forçaient à recourir à la dépaissance nocturne : *Dies noctesque ex integro pascuntur*, nous dit le poète latin.

Cette donnée plus conforme à nos idées modernes était déjà consacrée par l'ordonnance de 1669 (tit. 32, art. 5); elle a pris place ensuite dans la loi rurale (tit. II, art. 4) et l'art. 201 du Code de forestier. Aucun de ces documents législatifs ne déclare délictueux le simple fait de mener son bétail au pâturage pendant la nuit; tous dans ces conditions se contentent de doubler la peine directement encourue. La jurisprudence dont parle l'auteur de la *Pratique des Terriers* est donc locale et tout à fait spéciale aux coutumes qui avaient admis cet usage. Elle était d'ailleurs exactement limitée par de nombreux arrêts du parlement

[1] V. La Poix de Fréminville, *Pratique des Terriers*, t. III, p. 475, 480 et 499. La valeur du journal est très variable et représente environ 8 ares dans le Nord et va jusqu'à 25 dans le Midi-Ouest.

[2] *Loc. cit.*, p. 454, les arrêts sont du 8 août 1638, 25 mai 1647 et 13 août 1667.

Digitized by Google

de Paris, entre autres celui du 13 août 1667 qui ne prohibe la dépaissance nocturne qu'en matière de compascuités et permet de *pasquer jour et nuit chacun sur ses héritages.*

29. Lorsque la mise en défense concernant les parcours et la vaine pâture émanait d'une ou plusieurs communes, comme elle visait, en général, des terrains fort étendus et qu'une clôture matérielle n'était pas praticable, soit pour ce motif, soit parce que la prohibition était transitoire et souvent réduite à quelques mois, on avait recours pour rendre ce fait notoire aux procédés employés par l'autorité publique, c'est-à-dire à une publication ou *Ban* qui portait les modifications à la connaissance de tout le monde, et obligeait par là même les intéressés à s'y conformer. A partir de ce moment tout contrevenant encourait une amende plus ou moins forte qu'on appelait *Baunie* ou peine du ban[1].

Les deux paroisses liées par l'accord devaient le promulguer simultanément pour que partout il fût exécutoire en même temps. Sans cela la partie la plus diligente se fût privée d'un droit qu'un retard calculé eût conservé à l'autre. C'est la publication effective seule qui suspendait l'exercice de la servitude.

Ces notions générales épuisées, nous allons nous occuper spécialement des deux servitudes conservées par la loi rurale.

III. — *De la vaine pâture.*

30. Dans le silence de la loi moderne, c'est à la législation ancienne qu'il faut s'adresser pour avoir une notion générale sur la vaine ou morte pâture. Vue à l'origine avec faveur, elle prit partout une grande extension ; mais abandonnée aux inspirations locales, elle reçut les empreintes les plus diverses. Signalons tout d'abord deux combinaisons autour desquelles on peut grouper les autres, suivant leurs affinités respectives.

Le Midi, fidèle aux traditions romaines, respectait le droit des propriétaires. Nous pouvons ajouter que nombre de coutumes disséminées sur divers points du sol français étaient gouvernées par les mêmes principes. Mais l'influence du milieu dans lequel

[1] Le mot *Bann* est d'origine tudesque, il signifie bannière, étendard, et, par extension les publications faites sous son égide, comme à Rome *Sub hasta*. V. La Poix, t. III, p. 489.

Digitized by Google

on vivait était telle, qu'on finissait par subir en fait, ce qu'on refusait d'admettre en droit. C'était la conséquence de l'idée éminemment chrétienne qui servait de passeport à la vaine pâture et assurait son crédit. « On la considère en effet, ainsi que l'atteste Dunod[1], comme un reste de l'ancienne communion des biens... fondée sur l'humanité et l'avantage de la société humaine.... elle est utile aux communautés et ne fait pas préjudice aux propriétaires... Dès lors, suivant la loi naturelle, nous devons laisser faire aux autres ce qui leur est avantageux, tant qu'ils ne nous nuisent pas réellement. » Tout donc se réduit à une simple tolérance qui ne peut engendrer aucun droit, *fas est, jus non est*, telle était sa devise.

Dans cette catégorie il faut classer les coutumes muettes sur la vaine pâture, et à plus forte raison celles qui la prohibaient.

(*à suivre*). FERD. JACQUES.

COMMENT SE RÈGLE LE RAPPORT A SUCCESSION D'UN IMMEUBLE CONSTITUÉ EN DOT CONJOINTEMENT OU SOLIDAIREMENT PAR LES PÈRE ET MÈRE A LEUR ENFANT, LORSQUE CET IMMEUBLE APPARTENAIT EN PROPRE A L'UN DES ÉPOUX?—ART. 1438 et 1544, C. CIV.

Par M. RENÉ TORTAT, docteur en droit,
Substitut du Procureur de la République à Thonon.

Aux termes des art 1438 et 1544 du Code civil, lorsque les père et mère dotent « conjointement » leur enfant sans exprimer pour quelle part chacun entend contribuer à la donation, ils sont censés vouloir y contribuer par portions égales, c'est-à-dire chacun pour moitié.

La même présomption est de mise lorsque les père et mère ont agi solidairement puisque, selon les termes de l'art. 1213 du Code civil, l'obligation contractée en ce cas par les deux époux se divise entre eux de plein droit, de sorte que chacun n'en est tenu que pour moitié.

Et cette règle d'égale contribution s'applique, à défaut de stipulation contraire, quelle que soit l'origine des biens fournis en dot, et aussi bien quand la contribution de dot a porté exclusivement sur des biens propres à l'un des époux que lorsqu'elle a eu pour objet des biens communs à tous deux. Les textes, sur ce

[1] V. Son traité des prescriptions, p. 86. — Proudhon, *usufruit*, n° 3658.

Digitized by Google

point, ne laissent aucun doute : la loi présume toujours l'égale contribution des père et mère et, pour le cas où la donation se réalise tout entiére aux dépens du patrimoine propre de l'un d'eux, elle ouvre à l'autre une action en indemnité sur les biens de son époux, à concurrence de la moitié de la dot (art. 1438).

Mais où le doute commence et où la controverse a trouvé place, c'est sur le point de savoir à quelle succession sera rapportée la dot ainsi constituée par les deux époux, conjointement ou solidairement, et fournie en biens propres à l'un d'eux.

A la question ainsi posée deux réponses ont été faites, impliquant deux conceptions différentes du contrat qui intervient alors entre les époux et leur enfant. Les uns disent : la dot, en pareil cas, est rapportable par moitié à la succession du père et à celle de la mère ; et les autres : elle doit être rapportée pour le tout à la succession de l'époux qui l'a fournie.

Supposons, pour marquer l'opposition des deux systèmes, que c'est un immeuble, propre à la mère si l'on veut, qui a été donné en dot à l'enfant par ses père et mère.

Suivant une première opinion, l'enfant reçoit, à titre gratuit, de sa mère, une moitié seulement de l'immeuble. L'autre moitié lui est donnée par son père. Pour expliquer que le père se trouve donateur de cette moitié d'un immeuble qui appartenait en propre à sa femme, on suppose qu'il s'est rendu fictivement acquéreur de cette moitié d'immeuble. Et l'on considère comme le *prix* de cette acquisition la récompense, qu'il doit à sa femme, d'une valeur égale à la moitié de l'immeuble fourni par elle. On présume donc qu'une *vente* est tacitement intervenue entre les époux préalablement à la constitution de dot, de telle matière que cette constitution a porté sur deux parts égales d'immeuble propres, l'une à la mère et l'autre au père.

Cela étant et cette fiction de vente admise, il est bien certain que l'immeuble est rapportable, en nature, pour une moitié à la succession de la mère et, pour l'autre, à la succession du père. Et cette solution est indépendante du paiement ou du non-paiement de l'indemnité due à la mère ; l'existence d'une vente et sa perfection par le transfert de propriété ne dépendent pas du paiement du prix (art. 1583, C. civ.).

Digitized by Google

Suivant l'autre opinion qui met toute fiction de côté, c'est de sa mère seule que l'enfant reçoit, à titre gratuit, l'entier immeuble fourni par elle. Seule, en effet, elle s'appauvrit, au moment du contrat, de la totalité de l'immeuble; seule elle *donne* actuellement et effectivement. Le père, en parlant au contrat, ne fait qu'une simple promesse de contribuer à la donation, pour une moitié. Il y contribuera de fait en payant à sa femme la récompense qui lui est due, savoir : une somme d'argent représentant une moitié de la valeur de l'immeuble au temps de la donation. Mais, qu'il s'acquitte ou non de cet engagement, dans aucun cas ses héritiers n'auront droit au rapport en nature d'une portion d'immeuble qui n'a jamais figuré dans son patrimoine.

L'immeuble, sorti tout entier du patrimoine de la mère, ne peut faire retour qu'à sa succession. Il est vrai que, si la récompense de moitié à été payée à la mère, ses héritiers ne pourront exiger le rapport de l'entier immeuble qu'à la charge de faire compte au donataire, leur cohéritier, de l'indemnité qui représente la moitié de cet immeuble; car ils ne sauraient se tenir ou réclamer à la fois l'immeuble et sa valeur : il y aurait là un injuste enrichissement du patrimoine maternel. Et, d'autre part, si le père, exécutant sa promesse, s'est appauvri par le paiement de la récompense, il est juste que la somme qu'il a ainsi payée à sa femme, *dans l'intérêt de l'enfant*, soit rapportée par celui-ci à la succession paternelle.

Mais si l'engagement du père est resté lettre morte, si sa promesse de contribuer à la donation n'a reçu aucune exécution, aucun rapport ne peut être dû à ses héritiers. Il est de principe, en fait de rapport à succession, que promettre n'est rien, si le paiement n'a pas suivi la promesse.

Le premier de ces deux systèmes a été consacré par deux arrêts de la Cour de cassation (Civ. rej., 16 novembre 1824, Dall. v°, *Contrat de mariage*, n° 1281, note 2; Civ. rej. 14 janvier 1856 Sir. 56. 1. 289) et deux arrêts de Cours d'appel (Bordeaux, 6 décembre 1833, Dall. 32. 2. 124; Toulouse, 24 janvier 1888, *Gazette des Tribunaux du Midi*, 26 février et Recueil annuel, 1888, p. 39 sq.).

Parmi les auteurs, les uns n'examinent pas la question et décident, d'une manière générale, que le rapport aura lieu pour

Digitized by Google

moitié aux deux successions, sans préciser qu'il en doit être ainsi dans l'hypothèse où la dotation conjointe a porté sur un bien personnel à l'un des époux (Aubry et Rau, § 631, texte et note 1 ; Rodière et Pont, *Traité du contrat de mariage*, t. I, n° 132). D'autres, comme Toullier (t. IV, n° 464) et Demolombe (*Success.*, t. IV, n° 270) se prononcent pour le rapport par moitié en spécifiant l'hypothèse d'une constitution de dot en un bien propre, mais ils n'expliquent pas en vertu de quel principe et par quelle fiction on arrive à ce rapport par moitié. M. Guillouard (*Traité du contrat de mariage*, t. I, n° 174) emprunte à la jurisprudence la thèse de la présomption de vente. M. Esmein (*Revue critique*, 1880, p. 511-23) la rejette au contraire et il justifie la solution des arrêts par une explication originale, tirée du droit romain et sur laquelle nous aurons à revenir.

Le second système, que nous faisons nôtre, a pour lui parmi les commentateurs du Code civil, Troplong (*Contrat de mariage*, t. II, n° 1243) et Laurent (*Principes*, t. XXI, n°s 174-75). Il se réclame, en outre, de la tradition coutumière et de notables autorités dans l'ancien droit français. Enfin, pour en renouveler la défense, nous nous aiderons dans la plus large mesure, d'un savant et judicieux mémoire qui fut présenté à la Cour de Toulouse dans l'affaire jugée par elle le 24 janvier 1888 (Vve de Salles de Hys c. Pornier de Saint-Lary et conserts).

Notre opinion se fonde presque uniquement sur un rappel des principes généraux du rapport. Nous les supposons présents à l'esprit du lecteur.

Le principal argument de l'opinion adverse est tiré du texte de l'art. 1438, C. civ., ou plutôt d'une certaine interprétation de cet article dont il faut voir d'abord si c'est la bonne.

Etant donné, en effet, l'hypothèse, prévue par l'art. 1438, d'une dot constituée « conjointement » par les père et mère en un bien propre à l'un deux, il s'agit, avant tout, de savoir si cet article règle le rapport à succession du bien fourni en dot, en même temps qu'il ouvre une récompense entre époux. Et puis il faudra rechercher si la solution, puisée dans un article qui vise expressément la dotation conjointe, peut s'étendre au cas, non prévu, de dotation solidaire.

Digitized by Google

L'art. 1438 ne parle pas du rapport. Mais ce n'est pas assez : il faut examiner si des termes de cet article, combinés avec les règles connues du rapport, il ne résulte pas une disposition implicite sur le point qui nous intéresse. Et, par exemple, si notre article contenait réponse à cette seule question : qui est donateur dans l'espèce? il aurait par là même, indirectement résolu la question du rapport. Car le rapport se fait à la succession du donateur et à cette succession (art. 850, C. civ.).

« Ils sont censés avoir doté chacun pour moitié », qu'est-ce à dire? — Que chacun des époux, dans l'espèce, *est donateur* d'une moitié de la dot, ou bien seulement que chacun des époux est censé vouloir *contribuer* pour moitié à la constitution de dot, que chacun d'eux *a pris un engagement* d'égale étendue?

Pour trancher la question et connaître sur ce point l'intention du législateur, on peut recourir soit aux précédents historiques du Code civil et à la tradition doctrinale antérieure, soit à l'explication littérale du texte même de notre article, soit encore à l'examen des conséquences que l'une ou l'autre solution porte avec soi. Nous userons successivement de ces trois modes d'information, en supposant d'abord la dotation simplement conjointe : un dernier paragraphe sera consacré au cas de solidarité non visé par l'art. 1438.

I.

Pour interpréter un texte du chapitre de la Communauté, nous n'avons pas de meilleur guide que la tradition coutumière à qui les rédacteurs du Code civil ont emprunté leurs solutions et qu'ils ont suivie presque pas à pas. Or, sur le point précis qui nous occupe les anciennes coutumes étaient beaucoup plus explicites que le Code.

On peut citer dix coutumes au moins qui ont directement prévu le cas dont s'agit et statué expressément sur le rapport à succession. Sur ces dix coutumes, il y en a neuf qui disposent dans le même sens, presque dans les mêmes termes, et la dixième, en y ajoutant une distinction, confirme le principe formulé par les autres.

La coutume de Sens, à deux reprises et par deux articles distincts, prévoit notre hypothèse et prescrit le rapport de l'entier

Digitized by Google

objet donné à la succession de l'époux qui l'a fourni. L'art. 65 de l'ancienne coutume de Sens (1506) est ainsi conçu.

« Si père ou mère, en mariant leurs enfants, leur donnent aucune chose, soit en meuble ou héritage, lesdits enfants sont tenus la rapporter en venant à la succession des leursdits père et mère, c'est à savoir la moitié en la succession du père et l'autre moitié en la succession de la mère. Mais *si la chose donnée était du propre desdits père ou mère, elle se rapportera entièrement en la succession de celui duquel elle procède...* »

L'art. 261 de la même coutume est plus précis encore :

« Fille mariée de deniers communs ou de conquêt de père et de mère, doit rapporter en la succession desdits père et mère, en partage faisant avec ses frères et sœurs, ce qu'elle a eu en mariage de sesdits père et mère, c'est à savoir en la succession du père la moitié et l'autre moitié en la succession de la mère. Et *si ladite fille est mariée à l'héritage propre de sesdits père ou mère, elle sera tenue de le rapporter entièrement en la succession de celui qui l'a donné et auquel ledit héritage était propre.* »

Et les art. 89 et 264 de la nouvelle coutume de Sens (1555) reproduisent les art. 65 et 261 de l'ancienne.

La coutume de Troyes (1509), en son art. 142, prescrivant de même le rapport intégral à la succession de l'époux qui a fourni la dot, va jusqu'à prohiber toute convention contraire :

« *... Si la chose donnée était du propre desdits père ou mère, elle se rapporterait entièrement à la succession de celui duquel elle procède..... nonobstant quelconques pactions, traités, obligations ou promesses, faits au contraire.* »

La coutume de Nivernais (1534), au chapitre XXVII, art. 10, s'exprime ainsi :

« Les enfants auxquels ont été donnés quelques biens par leurs pères et mères, voulant venir à leurs successions, sont tenus de rapporter, à savoir : *si le don est fait par lesdits père et mère conjointement*, et ils veulent venir à la succession de l'un, ils rapporteront en chacune succession la moitié, *sinon que l'héritage donné fût du propre de l'un desdits père et mère. Car, audit cas, ils le rapporteront seulement en la succession de celui dont il procède...* »

Digitized by Google

Même précision de l'hypothèse d'une dotation conjointe et solution conforme dans la coutume de Clermont en Argonne (1571) au chapitre IX, n° 4 :

« *Si le dot est fait par les père et mère conjointement* et des biens communs, rapport en doit être fait en entrant en chacune succession desdits père et mère par moitié quand ledit dot est en denrées ; mais *si l'héritage donné pour avancement de mariage est du propre du père ou de la mère, il doit être rapporté en entrant en la succession de celui auquel il était propre.* »

Citons encore l'art. 102 de la coutume de Châlons : « Ce qui a été donné par père, mère, aïeul ou aïeule de deniers communs, meubles et conquêts immeubles ensemblement, se doit rapporter par lesdits enfants moitié en la succession du père ou aïeul et l'autre moitié en la succession de la mère ou aïeule. Et *si auxdits enfants est donné par lesdits père ou mère héritage qui fût de leur propre, tel héritage doit être entièrement rapporté à la succession de celui qui l'a donné et auquel ledit héritage était propre...* »

Et nous nous bornerons à renvoyer au texte des art. 93 de la coutume de Vermandois et de Lyon (1556), 244 de la coutume d'Auxerre (1561), 134 de la coutume de Bar (1579) et 274 de la coutume de Melun, qui reproduisent, en des formules déjà connues, la même solution, savoir que si l'héritage donné à l'enfant par ses père et mère était propre à la mère par exemple, il est pour le tout rapportable à la succession maternelle.

La coutume de Rheims, en son art. 318, consacre le même principe, mais l'article suivant formule une disposition nouvelle :

« Si l'héritage donné est du naissant de la mère, *et elle en est récompensée*, se rapportera tel héritage moitié à la succession du père et moitié à la succession de la mère. Et si *elle n'a été récompensée*, ledit héritage se rapportera à la succession de la mère seulement. »

Cette distinction est très équitable et très correcte, si l'on entend la première phrase de l'article dans le sens d'un *rapport en valeur* de la moitié de l'immeuble à la succession du père. Et, ainsi compris, cet article donne la formule exacte du système que nous avons adopté. Dans tous les cas, il renferme la condamnation du

Digitized by Google

système opposé, car il distingue essentiellement deux hypothèses que les partisans de la vente fictive sont obligés de confondre, en décrétant le rapport par moitié dans tous les cas.

Cette disposition de la coutume de Rheims, avec la distinction fondamentale qu'elle exprime, recueillie et approuvée par de notables auteurs, peut être considérée, à un moment donné, comme formant sur ce point le droit commun de la France. Nous la retrouvons en effet dans Lebrun, dans Ferrière et dans Pothier et, par ces deux derniers auteurs, nous pouvons suppléer au silence des coutumes de Paris et d'Orléans.

L'autorité des coutumes, en cette matière, a été mise en échec au moyen d'une objection qu'il nous faut maintenant reproduire et discuter, car elle a été présentée avec force, ici même, par un éminent historien du droit[1].

Si, a-t-on dit, le droit coutumier prescrit le rapport de l'entier héritage à la succession de l'époux à qui cet héritage était propre, c'est par application de la règle coutumière « *paterna paternis, materna maternis* », abrogée comme on sait par le Code civil (art. 732). Dès lors le Code a innové, sur ce point, contre les coutumes, et s'il était « de l'ordre », au temps de Lebrun (*Traité des successions*, liv. III, ch. VI, sect. 2, n° 75) « que les biens du côté du père suivissent la succession du père et ceux du côté de la mère, la succession de la mère, » — il en est autrement aujourd'hui que la loi ne considère plus « l'origine des biens pour en régler la succession. »

Mais, à notre humble avis, il n'y a aucun lien nécessaire entre la règle coutumière abrogée par le Code et la solution des coutumes dont nous soutenons la survivance dans le droit actuel. Cette solution se fonde, avant tout, sur les principes généraux du rapport qui sont les mêmes aujourd'hui que sous l'empire des coutumes.

La règle « *paterna paternis...* » est abrogée en tant qu'elle impliquait dévolution de l'hérédité d'après l'origine paternelle ou maternelle des biens propres et classement des héritiers, quant à ces biens, en famille paternelle et famille maternelle. Mais ici, rien de pareil : il n'y a qu'une famille : il s'agit d' « enfants com-

M. Esmein, *Rev. crit.* 1880 p. 528 et 529.

Digitized by Google

muns », nés d'un seul et même mariage, qui se trouvent débiteurs d'un rapport. Et pour le règlement de ce rapport, je ne sache pas que l'art. 732 du Code civil vienne en rien contredire ou limiter la disposition de l'art. 850 du même Code, savoir : que « le rapport ne se fait qu'à la succession du donateur. »

Le rapport du bien donné par le père n'est dû qu'à la succession du père et le rapport du bien donné par la mère est dû exclusivement aussi à la succession de la mère : ainsi entendue et dans cette mesure, la règle « *paterna paternis, materna maternis* » est toujours vraie, elle est toujours en vigueur.

Après avoir ainsi démontré l'importance des coutumes comme précédent historique sur le point qui nous occupe, il nous reste à faire un rapide inventaire de la doctrine de nos anciens auteurs sur ce même point.

Deux observations dominent cette partie de notre travail.

En premier lieu il est à remarquer que les seuls auteurs (à notre connaissance au moins) qui aient précisément prévu l'hyphothèse de l'insolvabilité de l'époux qui doit la récompense à son conjoint (et cette hypothèse est la seule où notre question se pose avec un intérêt vraiment pratique) — sont d'accord à exiger comme nous le rapport de l'entier immeuble à la succession de l'époux qui l'a en effet tiré de son patrimoine.

Quant aux autres, s'ils paraissent hésiter ou même a adopter la formule de l'opinion adverse : rapport par moitié dans tous les cas, c'est qu'ils supposent toujours la récompense due par un époux solvable et qu'il leur semble indifférent (quelques-uns le disent en propres termes) qu'il y ait récompense ou rapport de moitié.

Lebrun est depuis longtemps cité comme le principal tenant de l'opinion que nous avons adoptée. Nous ne rapporterons pas ici le passage du *Traité des Successions* (liv. III, ch. VI, sect. 2, nos 72 sq.) où son système se trouve développé, pour épargner l'espace, car le passage est long, et parce qu'on l'a maintes fois reproduit. Mais nous ajouterons à ce texte bien connu de Lebrun un extrait de Ferrière (*Coutume de Paris*, tit. XV, art. 304, glose 2e, no 34) qui, pour être moins rebattu, n'en est pas moins topique en faveur de notre opinion :

« Que si la mère, qui aurait donné un propre à elle apparte-

Digitized by Google

nant à sa fille en mariage conjointement avec son mari, n'en avait point été récompensée pour la moitié sur les biens de son mari, *à cause de son insolvabilité*, tout l'héritage serait rapporté entièrement à la succession de la mère comme ayant été pris de ses biens, de même qui si elle l'avait donné après le décès de son mari... » Et maintenant il ne nous en coûte aucunement de reconnaître que Bourjon (*Droit commun de la France*, Seconde partie, des successions, ch. VIII, sect. 4, nos 28 sq.) se prononce pour le rapport par moitié dans tous les cas. S'il décide ainsi d'une manière générale et s'il combat la doctrine de Lebrun, c'est qu'il n'a pas en vue l'hypothèse de l'indemnité non payée entre époux, c'est qu'il ne prévoit pas un seul instant l'insolvabilité du conjoint qui n'a rien fourni lors de la constitution de dot. La preuve en est qu'il insiste sur cette idée que la succession du conjoint, auquel le propre appartenait, ne sera jamais, dans son opinion, diminuée par l'effet d'un simple rapport de moitié, et que la balance sera toujours exactement établie entre le rapport de moitié et la récompense de moitié : il suppose évidemment que la récompense ne restera jamais lettre morte, c'est-à-dire que l'époux qui la doit la paiera effectivement.

De même Pothier suppose un règlement possible de l'indemnité entre époux, quand il enseigne, en termes généraux, que : « lorsque les père et mère ont doté conjointement, le rapport doit se faire à chacune des deux successions pour moitié, quand même la chose donnée en dot serait le propre de l'un des deux. » (*Cout. d'Orléans*, Introd. au titre XVII, des droits de success., § II, no 85). Et ce qui le prouve, c'est la suite du même paragraphe et l'exemple proposé qu'il commente au moyen de la distinction que nous avons vue formulée dans la coutume de Reims, à savoir : s'il y a eu ou non récompense effective. Enfin Pothier qualifie d'action *mandati contraria* l'action en indemnité qui appartient à l'époux qui a fait l'avance de toute la donation. C'est donc en vertu d'un simple mandat de l'un des époux à l'autre que l'un d'eux réalise la donation au delà de sa part contributive. Ce n'est point par une vente fictive, comme le veut l'opinion que nous avons repoussée, que se règle le jeu de cette opération, car, en ce cas, Pothier donnerait, à l'époux vendeur, l'action *venditi*.

Digitized by Google

Nous pouvons donc revendiquer en notre faveur l'autorité de Pothier si considérable au point de vue de la doctrine antérieure au Code civil.

Au surplus, et si l'on nous permet d'interpréter l'art. 1438, C. civ., d'après le texte de Pothier d'où cet article est extrait presque littéralement (*Traité de la communauté*, partie IV, ch. I, nos 649 et 652, nous arrivons par une autre voie à la confirmation de ce que nous avons avancé sur le sens et la portée restreinte de cette disposition. Pothier se borne, en cet endroit, à traiter de la récompense entre époux sans toucher un mot de la question du rapport. Ne sommes-nous pas autorisé à conclure de là que l'art. 1438 n'apporte rien de pertinent à la question qui nous occupe et qu'il se borne, comme le passage de Pothier qu'il reproduit, à formuler l'obligation d'une récompense entre conjoints dans l'hypothèse dont s'agit, sans préjuger rien sur le rapport à succession? Et si le Code est muet sur ce point, n'est-ce pas qu'il se réfère là-dessus à la tradition doctrinale antérieure, alors surtout que les règles essentielles qu'il formule ailleurs, en fait de rapport, cadrent exactement avec les solutions de Pothier, de Lebrun, de Ferrière et des coutumes analysées plus haut?

Enfin, la même appréciation, sur le sens de l'art. 1438, ressort des travaux préparatoires du Code. La disposition de cet article est présentée au Tribunat et au Corps législatif (Rapport de Duveyrier, n° 32 et Discours de Siméon, n° 31; — Locré, t. XII, p. 356 et 460), comme un application de cette idée que les père et mère doivent également contribuer à l'établissement de leurs enfants. On rejette la tradition du droit écrit qui faisait de la dot une obligation civile mais pour le père seul, et l'on adopte la jurisprudence coutumière qui voyait dans la constitution d'une dot à l'enfant commun, l'exécution d'une obligation naturelle à la charge des deux époux. De l'égalité des père et mère devant la dot, on déduit naturellement, à défaut de stipulation contraire, la présomption que chacun veut y contribuer pour moitié.

On peut donc l'affirmer : le législateur n'a eu en vue, dans la rédaction de notre article, que le règlement d'une pure question de contribution entre époux.

Mais nous allons plus loin, et c'est du texte même de l'art. 1438,

Digitized by Google

isolé de tout précédent, que nous voulons encore appuyer notre solution.

II.

Les termes mêmes de l'art. 1438, C. civ., à défaut de son origine bien connue, suffiraient à établir que cet article a pour objet unique de régler *entre époux*, mariés sous le régime de communauté, les effets de la constitution de dot émanée des père et mère agissant conjointement dans l'intérêt de leur enfant.

« Si le père et la mère ont doté conjointement l'enfant commun sans exprimer *la portion pour laquelle ils entendaient y contribuer*, ils sont censés, etc... » — Voilà, très clairement indiqué et précisé, l'objet propre de ce premier alinéa de l'article : fixer, à défaut de stipulation expresse, la part contributoire de chacun des époux dans la constitution de dot, je veux dire la somme ou valeur pour laquelle chacun des époux s'engage à supporter en définitive le fardeau de la donation. Cette part de contribution à la dot est tout naturellement fixée, suivant les principes de l'obligation conjointe, à la moitié de la valeur de l'objet donné.

Quant au deuxième alinéa de notre article, il présente seulement l'application, et la sanction du premier, dans l'hypothèse spéciale où la constitution de dot a porté sur un bien personnel à l'un des époux : « l'époux dont l'immeuble ou l'effet personnel a été constitué en dot a, sur les biens de l'autre, une action en indemnité pour la moitié de ladite dot, eu égard à la valeur de l'effet donné au temps de la donation. »

Régler entre conjoints les effets de la constitution de dot prévue au texte, quant à la récompense qui peut s'ensuivre, telle est donc bien la raison d'être et tel est le but unique de l'art. 1438.

Tel est aussi, remarquons-le (et la remarque a son importance au point de vue de l'ordre et du lien des idées dans ce chapitre du Code), l'unique objet des articles précédents, 1436 et 1437 : régler une question de récompense.

Et rien, dans l'art. 1438, ne permet de supposer que le législateur ait voulu statuer en même temps sur les effets de la constitution de dot entre les constituants et le doté, quant au rapport à succession, rien, pas même le mot qui sert de fondement à tout

Digitized by Google

le système contraire au nôtre, à savoir : « ils sont censés *avoir doté* chacun pour moitié. »

Sur ce simple mot la jurisprudence a édifié une présomption légale en vertu de laquelle chacun des époux est réputé fournir, est *censé payer* la moitié de la dot, bien qu'en réalité un seul époux diminue actuellement son patrimoine de l'entier immeuble ou effet quelconque donné en dot.

Pour expliquer cette présomption qui ne va pas d'elle-même, on suppose qu'une vente est intervenue entre époux au moment de la constitution de dot, l'époux qui n'avait rien se rendant acquéreur de la moitié de l'immeuble ou effet jusque-là personnel à l'autre. Et le *prix* de cette vente, ajoute-t-on, c'est précisément cette indemnité, égale en valeur à la moitié de la dot, dont l'art. 1438 prescrit le paiement entre époux.

« La loi suppose une transmission fictive de l'un des donateurs à l'autre, au moment de l'attribution de la dot, de telle manière que celle-ci est censée transférée au nom des deux. » (Arrêt précité de la Cour de Toulouse; Cpr. Guillouard, t. I, n° 174.

Si chacun des époux est ainsi supposé donateur actuel d'une moitié de la dot, et si l'enfant est censé tenir l'immeuble qu'il reçoit pour moitié de son père et pour moitié de sa mère, il est bien évident que le rapport doit s'effectuer par moitié aux deux successions, et cela sans distinction du cas où la récompense aura été payée et du cas où elle ne pourra pas être payée; car la présomption est absolue et sans réserve ; « ils sont censés avoir doté pour moitié. »

Mais, pour introduire dans notre droit cette présomption, doublée d'une fiction légale, il eût fallu tout au moins, et à défaut du commentaire législatif qu'appelait une telle innovation, un texte clair et formel. Or la phrase en question est loin d'avoir la clarté et la précision suffisantes.

Elle est équivoque par elle-même et par la place qu'elle occupe. En la rapprochant de ce qui suit, on peut traduire, en effet : « Ils sont censés avoir *promis* » aussi bien que « ils sont censés avoir *fourni* chacun la moitié de la dot. »

Littéralement, les deux sens sont aussi probables l'un que l'autre, et, si le contexte permettait de choisir, ce serait plutôt en

Digitized by Google

faveur de la première interprétation, car les mots suivants : « soit que la dot ait été fournie ou promise » ne peuvent s'accorder avec la seconde. Ce serait un non sens que de dire : les deux époux sont censés avoir *fourni* la dot chacun pour la moitié dans le cas où ils n'ont fait qu'une simple *promesse*.

Au surplus, la clé de l'énigme nous est donnée par un simple rapprochement de l'art. 1544 avec l'art. 1438. On sait que le premier de ces articles a pour objet d'étendre, de la communauté aux autres régimes, les dispositions du second; d'ailleurs, le premier alinéa de l'art. 1544 est la reproduction à peu près littérale du premier alinéa de l'art. 1438 : le sens de ces deux textes est donc le même. Ce que le législateur a entendu par ces mots « doter pour moitié » (art. 1438), c'est exactement ce qu'il entend par ceux-ci : « constituer la dot pour moitié » (art. 1544).

Or le législateur précise, dans le deuxième alinéa de l'art. 1544, le sens qu'il attache à ces mots : « constituer la dot » pour telle ou telle part.

« Si *la dot est constituée* par le père seul pour droits paternels et maternels, la mère, quoique présente au contrat, ne sera point *engagée*, et la dot demeurera en entier *à la charge* du père. »

Il s'agit donc uniquement de répartir entre époux cette charge de la dot et de déterminer la part pour laquelle chacun entend y contribuer; il s'agit d'un simple engagement entre époux et point du tout de l'étendue et des effets de la donation quant au rapport éventuel. Dès lors, nous sommes autorisé à traduire, en remplaçant les termes ambigus par leur équivalent donné par la loi elle-même, le premier alinéa de l'art. 1544 et celui de l'article 1438 de la manière suivante : « Quand les père et mère ont constitué conjointement la dot, ils sont censés *s'être engagés* par portions égales. »

Cela posé, le texte manque absolument à cette présomption imaginaire d'une donation actuellement effectuée par les deux conjoints sur l'immeuble propre à l'un d'eux, et cette fiction légale, qu'on voudrait introduire, se trouve démentie par la loi elle-même.

Au surplus cette idée d'une présomption de vente entre époux

Digitized by Google

n'est pas seulement une nouveauté suspecte, sans racine dans le passé et sans appui dans les textes, mais encore elle répugne à l'économie générale du Code civil. Comment admettre, en effet, que le législateur présume, entre époux, l'existence d'une vente, alors que, par une disposition formelle (art. 1595), il prohibe la vente entre époux, à trois exceptions près dans lesquelles ne rentre pas notre hypothèse?

La difficulté d'admettre, sans un texte formel, cette vente fictive entre époux a conduit M. Esmein (*loc. cit.*, p. 520-21) à rechercher une autre justification du système de la jurisprudence. Selon lui, l'époux qui n'a rien à donner *déléguerait* son conjoint à l'effet de transférer en son nom la propriété d'une moitié de l'immeuble. Ce serait une application, dans notre droit, de la délégation par transport de propriété dont parlent les jurisconsultes romains. Mais le savant auteur avoue lui-même que cette explication ne trouve aucun appui dans nos lois actuelles, et il n'essaie même pas d'y plier les termes de l'art. 1438. Il invoque seulement l'intention des parties, et c'est un point sur lequel nous présentons plus loin la défense de notre opinion.

Au point de vue des textes et de leur analyse, notre conclusion est donc que l'art. 1438, à l'exemple et dans le même ordre d'idées que les art. 1436 et 1437, se borne à traiter une question de récompense entre époux sans préjuger en rien la question du rapport à succession.

Mais il ne nous suffit pas d'avoir montré que le système contraire au nôtre est dépourvu de toute base légale. Il faut maintenant comparer entre elles les deux solutions opposées, tant en elles-mêmes que dans les conséquences qu'elles entraînent.

III.

Avant de les comparer l'un à l'autre, précisons bien la portée de chacun des deux systèmes en présence. Les différences vont ressortir d'elles-mêmes.

La première, et la plus essentielle, est la suivante. Dans le système de la jurisprudence, la disposition, par laquelle un des époux fournit la totalité de la dot, n'est gratuite que pour une

Digitized by Google

moitié; l'autre moitié fait l'objet d'un pacte à titre onéreux conclu entre les père et mère au moment même de la constitution de dot. Dans notre système, au contraire, la disposition est gratuite pour le tout : l'indemnité, dont l'époux donateur devient créancier contre l'autre, n'est, pour aucune part, la cause juridique de cette disposition.

En second lieu, dans le premier système, chacun des époux est présumé fournir *de suo*, sur son propre patrimoine, la moitié des objets donnés. Dans notre opinion, l'époux qui devient débiteur de l'indemnité ne fera toujours, s'il la paie, qu'une libéralité purement mobilière.

Troisièmement, d'après la doctrine des arrêts, le rapport est toujours dû pour moitié aux deux successions, sans qu'il y ait lieu de rechercher si l'indemnité due à l'un des époux lui a été ou non payée par l'autre. Pour nous, le paiement de l'indemnité donne seul ouverture au rapport de pareille somme à la succession de l'époux qui s'en est appauvri dans l'intérêt de l'enfant.

Enfin, selon la jurisprudence, la succession de l'époux qui a fourni la totalité de la dot n'a jamais droit qu'au rapport de la moitié de cette dot. C'est la totalité, selon nous, qui doit être rapportée au patrimoine qui s'est diminué du tout au moment de la donation, mais la succession doit faire compte à l'enfant du montant de l'indemnité payée par l'autre époux.

Ces préliminaires posés, il est facile de voir lequel des deux systèmes est le plus conforme à l'intention des parties.

Le système de la jurisprudence suppose qu'il intervient entre époux, au moment de la constitution de dot, un contrat à titre onéreux (une vente s'il s'agit de corps certains, un emprunt s'il s'agit d'espèces) par lequel la moitié de la dot intégralement fournie par l'un des époux est devenue la propriété de l'autre époux. Cette présomption d'un pacte à titre onéreux est-elle fondée sur l'intention probable des parties? En aucune façon. Qu'est-ce, en effet, qui caractérise les contrats à titre onéreux par opposition aux contrats de bienfaisance? C'est d'être intéressés de part et d'autre, c'est d'impliquer une spéculation des deux contractants et des avantages réciproques. Les contrats de bienfaisance se distinguent par l'esprit de libéralité qui fait agir l'une

Digitized by Google

des parties, par l'intention de donner, *animus donandi*, qui est la cause juridique de ces contrats.

Or, en constituant la dot conjointement avec le bien propre à l'un d'eux, les époux peuvent-ils être soupçonnés d'une autre intention que celle d'avantager leur enfant et d'assurer, par un acte gratuit, son établissement en mariage?

Dira-t-on qu'il faut distinguer deux choses dans le fait par l'un des époux, la mère par hypothèse, de fournir la dot entière : une pure libéralité, d'une part, à concurrence de la moitié de cette dot, et d'autre part un acte à titre onéreux pour la seconde moitié? Dira-t-on que l'intention libérale de la mère est, pour une moitié de la dot, absorbée par la considération de l'indemnité que lui devra le père, de sorte que, dans cette mesure et pour cette part, la *cause* du contrat n'est plus l'esprit de libéralité?

Mais qui ne voit que, si la pensée d'une récompense à recouvrer a pu entrer dans l'esprit de l'un des conjoints, c'est toujours là une considération très secondaire et que la volonté de gratifier l'enfant n'en demeure pas moins la raison d'être de toute l'opération?

Il serait, au surplus, bien étrange que le fait de courir, sans aucune garantie, le risque de l'insolvabilité de son conjoint en faisant pour lui l'avance de sa part dans la donation, pût être interprété comme la marque d'une moindre intention libérale chez celui qui fournit *de suo* toute la dot.

L'intention présumée des parties proteste donc en faveur de la gratuité absolue du contrat et condamne sur ce point le système que nous avons repoussé.

Que si nous suivons maintenant, dans leurs conséquences respectives, les deux systèmes proposés, l'avantage apparaîtra de plus en plus assuré à celui que nous avons choisi.

Supposons (c'était l'espèce de l'arrêt de Toulouse du 24 janvier 1888) que l'un des époux, celui qui a simplement promis de contribuer à la dot, ait toujours été sans fortune et qu'il meure insolvable, sans laisser de quoi satisfaire à la récompense qu'il devait à son conjoint.

D'après la jurisprudence, la moitié de l'immeuble donné n'en est pas moins rapportable, en nature, à sa succession, de sorte que

Digitized by Google

son patrimoine se reconstitue, au profit de ses héritiers, par la *rentrée* d'une valeur qui n'en est jamais *sortie* en réalité. Cette moitié d'immeuble est considérée comme acquise, au patrimoine où elle est attribuée, en échange d'un prix qui n'a jamais été et ne pourrait pas être payé.

Pour parer à l'iniquité criante d'une pareille solution (que la jurisprudence accepte cependant les yeux fermés), un seul moyen resterait aux partisans du premier système : ce serait d'ouvrir au conjoint qui a fourni toute la dot, ou à ses héritiers s'il prédécède, une action en résolution, pour non paiement du prix, de cette vente fictive, que l'on suppose intervenue entre les époux lors de la constitution de dot. La résolution de la vente une fois acquise, les effets de la fiction seraient écartés, et la solution, en définitive, serait celle où conduit plus directement notre système, à savoir : rapport de l'entier immeuble à la succession de l'époux qui l'a fourni. Si l'on supose une vente, il est logique de laisser cette vente soumise aux causes de résolution d'une vente ordinaire. Je ne sache pas cependant qu'aucun de ceux qui ont adopté le système des arrêts ait poussé jusqu'à ce point la logique dans la fiction.

Une autre conséquence, non moins injuste, du système de la jurisprudence, se présente en cas d'ouverture du droit de retour au profit de l'ascendant donateur. Si chacun des époux se trouve donateur d'une moitié de l'immeuble fourni par l'un d'eux, la mère par exemple, il en résulte que le père, alors même qu'il devrait toujours la récompense à sa femme, aura droit au retour légal de la moitié de cet immeuble. Dans notre système, l'immeuble entier fait retour au patrimoine d'où il est sorti et le père n'a droit à rien autre chose que la restitution de l'indemnité s'il l'a payée à sa femme, car celle-ci la retiendrait sans cause, une fois rentré dans ses mains l'entier immeuble objet de la donation.

Voici encore une conséquence, tout à fait odieuse, mais toujours logique et nécessaire, du système que nous combattons.

Supposons que l'un des époux, le mari par exemple, ait un enfant du premier lit. Voulant favoriser l'enfant né de son second mariage, il lui donne toute sa fortune par contrat de mariage et il fait cette donation conjointement avec sa seconde femme.

Digitized by Google

Dans cette hypothèse, la moitié de la dot, c'est-à-dire de tout le patrimoine paternel, sera rapportée à la succession de la seconde femme et profitera exclusivement à l'enfant du second lit. L'enfant du premier mariage sera réduit, pour sa réserve au tiers de l'autre moitié, c'est-à-dire qu'il perdra la moitié de la réserve à laquelle il avait droit. Il est vrai que la succession du père reste créancière de la seconde femme pour une valeur égale à la moitié du patrimoine ainsi détournée et que l'enfant du premier lit a droit, pour sa réserve, au tiers de cette créance. Mais supposez la seconde femme insolvable : le recours devient illusoire et la spoliation est sans remède.

Ainsi l'on peut avancer que l'art. 1438, interprété comme le veut la jurisprudence, offre un moyen légal d'éluder les prescriptions les plus graves de la loi en détournant la moitié de la réserve au profit de l'enfant né d'un second mariage.

N'est-ce pas la condamnation du système qui consacre un pareil résultat?

Comparons enfin, dans une dernière hypothèse, toute d'actualité, les conséquences des deux solutions.

Un père possède un vignoble d'une valeur de 200,000 francs. Il veut le donner à son fils aîné par contrat de mariage. La mère qui possède des capitaux et n'a pas d'immeubles, intervient, et la donation est faite conjointement par les deux époux. Quelques années après le vignoble est phylloxéré, et, comme les terres ne sont propres qu'à la culture de la vigne, elles perdent toute leur valeur. La mère vient à décéder. Il s'agit de partager sa sucession.

Appliquons le système des arrêts. L'enfant doté rapportera la moitié de l'immeuble, valeur nulle. En représentation, la succession de la mère est obligée de payer au père l'indemnité de 100,000 francs.

Ainsi donc le patrimoine maternel se voit attribuer la moitié d'un immeuble qui ne lui a jamais appartenu et qui n'a aucune valeur. En échange, on lui impose le sacrifice d'une somme de 100,000 francs qui peut être perdue pour les héritiers, par exemple si la femme a été mariée deux fois et si elle a des enfants du premier lit.

Digitized by Google

Pense-t-on que cette conséquence ait été voulue par le législateur?

Appliquons, au contraire, le système que nous avons adopté. Le fils aîné conservera l'immeuble entier pour le rapporter en nature à la succession du père, au décès de ce dernier. De cette façon la valeur de cet immeuble aura péri pour le compte du patrimoine auquel il appartenait primitivement. Il n'aura rien à rapporter actuellement à la succession de sa mère, à moins que celle-ci n'ait déjà payé, en sa faveur, l'indemnité de 100,000 fr. promise au père, auquel cas ces 100,000 francs doivent faire retour au patrimoine maternel qui en a été diminué effectivement. Mais alors ces 100,000 francs qu'il rapporte à la succession maternelle, l'enfant doté les reprendra en rapportant tout l'immeuble en nature, dans la succession de son père. De cette façon chaque patrimoine recouvre ce qui lui a été pris et les droits des héritiers dans chaque succession se trouvent respectés.

Faire rapporter la moitié de la dot à la succession de l'époux qui ne l'a pas fournie, tel est le point de départ, et le résumé, de toutes les conséquences inadmissibles du système que nous combattons. C'est une violation flagrante des principes élémentaires du rapport.

Notre système, au contraire, présente constamment la plus juste application de ces principes. L'enfant conserve, jusqu'au décès de chacun des donateurs ce dont celui-ci s'est dépouillé en sa faveur. La succession de chaque donateur reprend, à titre de rapport, exactement ce que son patrimoine avait fourni.

IV.

Nous avons raisonné jusqu'ici dans l'hypothèse, textuellement prévue par l'art. 1438, où père et mère ont constitué *conjointement* la dot.

Il nous reste à examiner l'hypothèse où les parents auront doté *solidairement* leur enfant avec un bien propre à l'un d'eux.

Et d'abord, si l'on adopte le système qui voit, dans l'art. 1438, une *fiction* d'après laquelle la donation se divise entre les deux époux de manière à donner ouverture à un rapport de moitié à chacune des deux successions, il paraît bien difficile d'étendre l'application de cet article en dehors de ses termes précis et de

Digitized by Google

l'hypothèse expressément visée d'une dotation conjointe à l'hypothèse tout opposée d'une dotation solidaire. Le domaine d'une fiction légale est rigoureusement limité par les textes qui la créent.

Au surplus, l'art. 1438, même entendu comme nous le comprenons c'est-à-dire comme un simple règlement, entre époux, de l'obligation qu'ils contractent en dotant ensemble leur enfant, s'il a son utilité en cas d'obligation conjointe, devient tout à fait superflu en cas d'obligation solidaire.

Le propre de l'obligation conjointe, en effet, c'est de n'établir par elle-même aucun rapport entre les débiteurs. Chacun des époux ne veut s'obliger que pour la moitié de la dot et l'un d'eux paie la dot entière. Il y a lieu de régler les conséquences de ce fait, étranger à l'obligation, par des principes également étrangers à l'obligation conjointe et par des dispositions spéciales. C'est là l'utilité de l'art. 1438.

L'obligation solidaire crée, au contraire, par elle-même, entre les débiteurs, des rapports parfaitement définis et réglés par la loi. Si les deux conjoints se sont obligés solidairement envers l'enfant, le paiement par l'un d'eux de la totalité de la dot, est un fait normal qui dérive de l'obligation elle-même et qui n'a pas besoin d'être réglé, dans ses conséquences, autrement que par les principes, connus d'autre part, de la solidarité.

L'effet de la solidarité est de rendre chacun des époux débiteur de la totalité de la dot. En fournissant la dot entière, l'un des époux acquitte purement et simplement sa dette. On n'a point à résoudre cette apparente contradiction qui existe ailleurs entre l'obligation limitée et le paiement intégral. Et l'on est dispensé de rechercher en vertu de quel pacte un époux paie la dot pour le tout quand il veut cependant n'y contribuer que pour moitié. La solidarité stipulée l'explique suffisamment, et toute discussion entre les deux systèmes étudiés plus haut serait ici sans objet.

L'art. 1438 est donc sans application à l'espèce, il y demeure étranger soit qu'on en considère la lettre, soit qu'on en recherche l'esprit et la portée.

Restent alors, pour gouverner cette hypothèse, les principes généraux du rapport combinés avec les règles de la solidarité. Et, sur ce point, pas de difficultés.

Digitized by Google

Chacun des époux est tenu de la totalité de la dot. L'un d'eux la paie de ses biens propres. L'enfant doit à sa succession le rapport de la dot entière.

Quant à l'autre époux, tant que son engagement reste à l'état de simple promesse, aucun rapport ne peut être dû à sa succession.

A celui qui a payé toute la dot, un recours est ouvert pour moitié contre l'autre, en vertu de l'art. 1213, C. civ.; mais ce recours, il est libre de ne pas l'exercer et de rester, sans indemnité, donateur pour le tout. Si cette indemnité est acquittée par l'époux qui n'a d'abord rien fourni, le rapport en est dû à sa succession comme d'une somme payée dans l'intérêt de l'enfant.

La Cour de cassation n'a jamais eu à se prononcer sur l'extension de son système au cas de solidarité. La Cour d'Amiens, le 10 novembre 1853 (Dal. 55. 2.108) a décidé qu'en pareil cas le rapport de toute la dot devait se faire à la succession de l'époux qui l'avait fournie. La Cour de Toulouse, au contraire, dans l'arrêt déjà cité du 24 janvier 1888, décide que le rapport pour moitié à chaque succession doit être admis aussi bien dans l'hypothèse d'une dot solidairement constituée, et M. Guillouard, à qui elle emprunte ses motifs (*op. et loc. cit.* n° 175) lui avait frayé la voie sur ce point. Laurent (*op. et loc. cit.* n° 174) fait, auprès de l'arrêt d'Amiens, l'appoint de la doctrine en faveur de notre opinion.

La cour de Toulouse se borne à constater, pour étendre au cas de solidarité l'interprétation par elle admise de l'art. 1438, que l'obligation solidaire, en vertu de l'art. 1213, se divise de plein droit entre les époux débiteurs de la dot, « par où, dit-elle, la solidarité ne fait qu'augmenter les garanties de l'enfant doté, sans modifier la nature des obligations réciproques des constituants. »

Mais ce considérant ne nous paraît nullement décisif. Qu'importe, en effet, que la nature des obligations réciproques des constituants ne soit pas modifiée? La question n'est pas de savoir comment se répartit en définitive, entre conjoints, la charge de la dot. Il s'agit de savoir dans quelle mesure chacun des époux s'est appauvri en faveur de l'enfant, dans quelle mesure il est donateur effectif. La question de *contribution* est tout autre ici que la question d'*obligation*, et ce n'est même pas d'obligation qu'il s'agit, c'est d'un paiement réalisé puisque le paiement seul

Digitized by Google

de la dot, et non la simple promesse, donne ouverture au rapport. Or la solidarité, si elle ne change rien à la contribution de chacun des époux à la dot, modifie sensiblement leur obligation envers l'enfant puisqu'elle la porte de la moitié au tout, et elle n'est pas sans influence sur le paiement intégral effectué par l'un des conjoints, puisqu'elle suffit à la justifier sans le secours d'aucune autre explication.

Il y a plus : la solidarité exclut absolument la présomption de vente qui sert de base à tout le système de la jurisprudence. En effet, chacun des époux devant toute la dot, si l'un d'eux l'a payée de ses biens personnels, il a rempli tout juste son engagement, et il ne reste aucune place à cette transmission fictive qu'on suppose intervenir entre époux au moment de la constitution de dot. Or, si la place manque à la vente présumée, la raison manque aussi de faire rapporter une moitié de la dot à la succession de l'époux qui ne l'a pas fournie.

Concluons donc que la solidarité consentie par les père et mère dans la donation, à titre de dot, d'un immeuble propre à l'un d'eux, est une condition des plus favorables au rapport intégral de l'immeuble à la succession de l'époux qui l'a fourni. Et cela, soit qu'on adopte l'interprétation que nous repoussons de l'art. 1438, et parce que cet article prévoit l'hypothèse toute différente, d'une obligation conjointe; soit que l'on réduise, comme nous l'entendons, la portée de l'art. 1438, à un simple règlement de contribution entre époux.

RÉNÉ TORTAT.

BIBLIOGRAPHIE

DE LA CAPACITÉ CIVILE DE LA FEMME MARIÉE ET DE L'EXTENSION RATIONNELLE QU'ELLE COMPORTE.

Par M. H. PASCAUD, conseiller, à la Cour de Chambéry.

Mémoire lu au Congrès des sociétés savantes à Paris, le 13 juin 1889 [1], Compte-rendu par M. NOCUÈRES, avocat-général à Chambéry.

Les principes d'égalité, qui chaque jour jettent dans notre société moderne des racines plus profondes, appellent l'attention des jurisconsultes sur la question si délicate et si grave de la capacité civile des femmes mariées. Pour conserver leur prestige et leur autorité, les lois ne doivent pas avoir la prétention

[1] Broch., in-8, Paris.

Digitized by Google

d'être immuables, sans se soucier des mœurs, des coutumes et de l'esprit des peuples; il est indispensable, au contraire, qu'elles s'y adaptent progressivement.

La femme, telle que nous la voyons aujourd'hui, ne ressemble guère à la femme d'autrefois; loin d'être tenue dans l'ignorance, à l'écart des affaires, n'ayant d'autre mission que de veiller sur les détails intimes du foyer conjugal, nous la trouvons nourrie d'une instruction solide, s'intéressant à tous les actes de la vie civile, délibérant avec réflexion sur toutes les questions qui touchent à la fortune, à la prospérité, à l'avenir de toute la famille. Aussi les esprits les plus sérieux se demandent-ils si l'heure n'est pas venue de la relever, en partie du moins, de la tutelle humiliante qui lui est imposée.

Ce sujet vient d'être traité avec une haute compétence par M. Pascaud, conseiller à la Cour de Chambéry, dans une brochure qui a pour titre : *De la capacité civile de la femme mariée et de l'extension rationnelle qu'elle comporte.*

Après avoir jeté un rapide coup-d'œil sur le droit romain, sur le vieux droit germanique et l'ancien droit français, le savant magistrat a recherché quels sont les motifs ou les considérations qui ont servi de base à notre législation si restrictive des droits de la femme; puis, arrivant à nos jours, il a analysé avec soin les lois qui régissent sur ce point les autres nations, pour couronner son œuvre en signalant les réformes qui, d'après lui, se recommandent et s'imposent à l'attention des pouvoirs publics.

M. Pascaud repousse avec raison l'égalité absolue entre les époux, désireux de conserver un chef à la société conjugale et familiale, qui ne tarderait pas à être livrée sans cela au désordre et à la confusion. Mais, reconnaissant le développement incontesté des aptitudes de la femme, il estime qu'à l'accroissement de sa capacité générale, doit correspondre une extension de sa capacité civile.

Sur ce point, il développe les desiderata suivants :

Permettre au mari, comme la loi italienne et contrairement aux dispositions de l'article 223 du Code civil, de donner à sa femme une autorisation générale et révocable à l'effet d'accomplir tous les actes pour lesquels elle est incapable; dispenser la femme de l'autorisation de justice au cas d'empêchement ou

Digitized by Google

d'indignité du mari; supprimer l'article 215 du Code civil, au moins pour la femme commerçante; substituer, au contraire, l'autorisation de justice à celle du mari pour les contrats consentis par la femme avec son mari; enlever à la femme le droit que lui confère l'article 225, la soumettre ainsi au droit commun pour ses engagements; assimiler les gains qu'elle peut retirer de son travail, de son industrie ou de ses talents à des propres mobiliers jusqu'à concurrence de la moitié de leur quantum; réduire notablement les droits résultant pour le mari de l'article 1422; autoriser la femme à aliéner ses propres, sans opposition de la part du mari, à revendiquer également, dès le jour de l'aliénation, les propres que le mari aurait vendus; permettre à la femme d'acquérir, réservant au mari le droit de s'y opposer; attribuer à la femme séparée de biens la faculté d'aliéner, d'hypothéquer même, tout en maintenant l'autorisation du mari ou de justice pour les transactions et en faisant une exception pour la femme contre laquelle la séparation de corps aurait été prononcée et qui devrait toujours recourir à la justice.

Telles sont, en résumé, les conclusions du travail si intéressant de M. Pascaud; quelques esprits timorés l'accuseront de vouloir porter une main téméraire sur notre édifice social; d'autres, trop hardis, estimeront qu'il ne va pas assez loin; cela prouvera une fois de plus que la vérité ne réside pas aux extrêmes et qu'elle se tient dans un juste milieu.

NOGUÈRES.

DU MARIAGE CIVIL DU PRÊTRE CATHOLIQUE EN FRANCE. LÉGALITÉ CANONIQUE ET CIVILE; DOCTRINE ET JURISPRUDENCE; LA QUESTION DANS LE PASSÉ ET DANS LE PRÉSENT; VÉRITABLE POINT DE VUE A L'HEURE ACTUELLE [1],

Par M. Horoy, docteur en droit français, docteur en droit canonique, docteur en sciences politiques et administratives, etc., professeur de droit.

Compte rendu par M. P. Louis-Lucas,
Professeur agrégé à la Faculté de droit de Dijon.

L'ouvrage que M. Horoy vient de publier sur le *Mariage civil du prêtre catholique en France* est une nouvelle contribution apportée par l'auteur, dont nous admirons la facile et savante

[1] 1 vol. in-8, Paris, 1890.

Digitized by Google

fécondité, aux travaux déjà nombreux dans lesquels il a examiné les rapports du droit ecclésiastique avec la législation civile. Il constitue un examen approfondi de la question grave et délicate entre toutes, de savoir si nos lois civiles actuelles permettent le mariage du prêtre catholique.

Suivant M. Horoy, le célibat est inhérent au caractère sacerdotal dans l'Église catholique. Il nous le montre existant dès ses origines premières, tout faisant penser que les Apôtres n'étaient pas mariés. Mais, si nous désertons le point de vue canonique, qui ne laisse planer aucun doute possible sur la solution négative de la question soulevée et qui, selon nous, doit être très nettement distingué et absolument séparé du point de vue civil, pour aborder de front le problème juridique tel qu'il s'est présenté récemment devant la Cour suprême, est-il exact d'affirmer avec l'auteur qu'il existe un ensemble de textes ou de principes, mettant un obstacle quelconque au mariage civil du prêtre, alors que celui-ci, parjure à son Dieu, répudie son serment et renie sa foi? Nous ne l'avons jamais pensé. Il est vrai que M. Horoy cite, à l'appui de sa thèse, un projet de Napoléon, qui, en 1813, dans des vues fort louables de discipline morale, comme aussi dans le but évident de déjouer certaines fraudes à la loi militaire, songea à faire considérer comme indélébile, au point de vue civil, le caractère sacerdotal et même à frapper des peines de la bigamie le prêtre renégat qui, divorçant avec l'Église, n'hésitait pas à se marier. Mais nous avouons ne pas bien saisir la portée de l'argument que l'auteur prétend tirer de là. Est-ce que jamais ce projet de décret est devenu une réalité? Si donc il n'a pas été promulgué, nous n'avons pas à en tenir compte autrement. C'est lettre morte.

Par suite, en dehors des considérations morales devant la puissance et l'autorité desquelles nous sommes tout le premier à nous incliner, nous ne nous trouvons plus en présence que des principes de notre droit public et privé. Or, en ce qui concerne les premiers, qui proclament hautement la liberté de conscience, ils protestent contre l'idée d'enchaîner aux règles d'une religion les citoyens qui en abjurent les croyances. Et il serait pour le moins étrange que, dans un pays où, comme dans le nôtre, nous n'avons plus, à tort ou à raison, de religion d'État, l'État se fît

Digitized by Google

précisément le défenseur d'une idée que sa Constitution même rejette comme anti-libérale. — Quant aux autres, ils nous mettent en face d'une pure question de droit à résoudre : qui est capable de contracter mariage ? Réponse : toutes les personnes que la loi ne frappe pas expressément à cet égard d'une incapacité spéciale. Or, nulle part une exception de ce genre n'atteint le prêtre catholique. La conclusion s'impose donc. Qu'elle soit, en fait, profondément regrettable, nous l'accordons, et il va sans dire que ce n'est pas plus une approbation qu'un bref d'impunité que nous entendons donner ici au prêtre rénégat et parjure dont nous parlons et qui, oublieux du respect qu'il doit à lui-même et aux autres, vient donner le plus scandaleux des exemples. C'est simplement une solution juridique que nous affirmons et la reconnaissance d'un droit dont nous déclarons l'exercice déplorable et ignominieux. Mais ceci relève de la conscience et n'est plus du domaine du jurisconsulte, qui n'a et ne doit avoir que la loi pour guide. — Au demeurant, nous ne saurions ici suivre M. Horoy dans ses longs et très intéressants développements, et, en nous bornant à renvoyer aux conclusions d'une dissertation signée de M. Weiss et de nous et dans lesquelles nous persistons entièrement [1], nous nous plaisons à déclarer que le nouveau traité dont nous rendons compte, conçu dans l'esprit le plus élevé, contient une étude des plus complètes et des plus soignées; c'est l'éloquent plaidoyer d'un avocat sincère et convaincu, qui combat pour la bonne cause avec des armes impuissantes à lui assurer la victoire. P. LOUIS-LUCAS.

ÉLÉMENTS DE DROIT CIVIL ESPAGNOL,

Par M. Ernest Lehr, docteur en droit,
Professeur honoraire de l'Académie de Lausanne,

SECONDE PARTIE : *Législation civile depuis* 1878; *Code de procédure civile de* 1881; *Code de commerce de* 1885; *Code civil de* 1888-1889 [1].

Compte-rendu par M. P. Louis-Lucas,
Professeur agrégé à la Faculté de droit de Dijon.

M. Lehr, aucun lecteur de cette *Revue* ne l'ignore, a publié,

[1] Voyez notre note sous cass. civ., 25 janvier 1888, *Pand. franc. pér.*, 88, Voy. aussi, 1, 49. à la suite et dans le même sens, les observations de M. Beauchet.

[1] 1 vol. in-8, Paris.

Digitized by Google

en 1880, un ouvrage fort apprécié sur le *Droit civil espagnol*, dans lequel il a analysé la législation alors en vigueur dans la péninsule ibérique, tant en vertu de ses anciens Codes, les *Partidas*, les lois de Toro, la *Novisima Recopilacion*, qu'en vertu d'une série de lois organiques importantes, telles, en particulier, pour nous borner aux principales, que la loi hypothécaire de 1861, la loi sur les eaux de 1866, et la loi sur le mariage civil de 1870. Depuis lors, le mouvement législatif a reçu en Espagne une impulsion nouvelle : non seulement plusieurs lois spéciales, d'une importance considérable, ont été promulguées sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, sur la propriété intellectuelle, sur le régime des eaux, qui attestent de son intensité, mais encore une série de Codes ont été refondus ou publiés à nouveau. C'est ainsi que le Code de procédure civile de 1855 a reçu une nouvelle forme en 1881 ; que, dans son édition de 1885, le Code de commerce a été mis en harmonie avec les progrès les plus récents du droit commercial et de l'économie politique, et qu'enfin le Code civil, projeté depuis près de quarante ans, puis abandonné, a fini, après avoir subi des vicissitudes diverses, par en triompher, et constitue aujourd'hui, sans préjudice des *fueros* provinciaux, le droit commun de l'Espagne.

Il était donc, on le voit, devenu indispensable de rajeunir, par l'étude de réformes aussi profondes et aussi variées, l'exposé magistral qui avait été présenté il y a dix ans de la législation espagnole antérieure. Tel est, précisément, l'objet du volume dont nous annonçons présentement l'apparition. Est-ce à dire que cette seconde partie remplace absolument la précédente? Poser la question, c'est la résoudre négativement. La vérité est que ces deux parties sont aujourd'hui parallèles et que, soudées l'une à l'autre par des liens d'étroite et intime connexité, elles se pénètrent mutuellement et se complètent. Tout d'abord, le premier volume conservera son utilité, parce qu'il forme pour le droit contemporain une introduction historique indispensable, et que, d'autre part, plusieurs des lois organiques modernes qui y sont analysées sont demeurées en vigueur, — comme c'est notamment le cas pour la loi hypothécaire, — auxquelles le Code civil se borne à renvoyer sans reproduire leurs dispositions. Ce premier volume

Digitized by Google

restera par conséquent essentiel à consulter à un double point de vue : soit comme étude historique, soit comme étude pratique sur les points qui n'ont pas été touchés par le nouveau Code civil.

Afin de faciliter les recherches de l'une à l'autre partie, le savant auteur a conservé autant que possible, dans la seconde, le plan de la première et il a pris soin d'y indiquer, entre crochets, pour chaque paragraphe, le numéro correspondant du volume primitif. De la sorte, il est aisé de trouver, pour chaque chapitre de la première partie, les dispositions de la loi nouvelle, et pour chaque chapitre de la seconde partie, les règles antérieures qui y ont été confirmées ou modifiées. Une *Table alphabétique des matières des deux parties* se trouve au surplus à la fin du second volume (p. 433 et suiv.).

Enfin, pour les raisons déjà indiquées dans la *Préface* de la première partie, M. Lehr a continué à s'abstenir ici d'aborder l'examen du droit foral, et, malgré l'intérêt qu'il peut présenter peut-être a-t-il eu raison de ne pas s'en occuper. C'est qu'en effet, la loi de promulgation du nouveau Code civil fait prévoir que ce droit sera réuni, condensé et codifié à son tour. Le jour où ce travail aura été mis à exécution sera, espérons-le, le signal pour M. Lehr d'entreprendre une nouvelle étude et de publier, pour le plus grand profit de tous, une troisième partie. Dans tous les cas, il s'en tient actuellement au droit commun, mais n'omet pas, cependant, d'indiquer dans son *Introduction* si et comment il s'applique aux provinces qui ont conservé le privilège d'une législation distincte.

Ajoutons qu'à une époque où, comme la nôtre, les études de droit comparé ont pris en France, avec tant de raison, un si puissant et si fécond essor, le nouveau livre de l'éminent jurisconsulte suisse présente pour nous un attrait tout particulier : il lui est garant du même accueil empressé qui a été fait à ses devanciers. Ce ne serait pas à cette place le lieu de signaler les principales différences qui séparent le Code civil français et le Code civil que l'Espagne vient de se donner. Qu'il nous suffise, à cet égard, de dire que les *Éléments de droit civil espagnol* seront l'occasion d'études comparatives du plus haut intérêt. A ce titre, ils ap-

Digitized by Google

portent une des plus heureuses et des meilleures contributions à l'ensemble des œuvres déjà nombreuses publiées chez nous sur les législations étrangères et méritent, par cela même, d'attirer l'attention. P. LOUIS-LUCAS.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris.—Imp. F. PICHON, 282, rue Saint-Jacques, et 24 rue Soufflot.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE

(Année judiciaire 1889-1890).

Par M. Brémond, professeur à la Faculté de droit de Montpellier.

I. — Loi du 17 juillet 1889. — 1. Effets du récépissé définitif. — 2. La loi s'applique-t-elle aux faits antérieurs à la période électorale? — 3. Durée de la prescription de l'action publique.

II. — Administration départementale. — 1. Attributions du Conseil général réuni en session extraordinaire. — 2. Marchés passés pour le compte du département. — 3. La violation d'un contrat donne-t-elle lieu à l'application de l'art. 33 de la loi de 1871?

III. — Attributions des chambres de commerce.

IV. — Affectations immobilières à un service public. — 1. Interprétation des actes d'affectation. — 2. Désaffectation des églises. — 3. Désaffectation des presbytères.

V. — Compétence du juge des référés. — 1. Local affecté à une école communale. — 2. Travaux publics. — 3. Elargissement d'un chemin vicinal.

I. — *Loi du 17 juillet 1889.*

1. *Effets du récépissé définitif.* — Pour prévenir les candidatures multiples, la loi exige que chaque candidat fasse connaître la circonscription dans laquelle il entend poser sa candidature, par une déclaration signée ou visée par lui, dûment légalisée, et déposée à la préfecture du département intéressé. Un reçu provisoire est délivré au moment du dépôt de la déclaration; puis dans les vingt-quatre heures le préfet donne un récépissé définitif. L'art. 4 de la loi ajoute : « Il est interdit de signer ou d'apposer des affiches, d'envoyer ou de distribuer des bulletins, circulaires ou professions de foi dans l'intérêt d'un candidat qui ne s'est pas conformé aux prescriptions de la présente loi. » Le texte n'est pas très précis ; il ne dit pas en effet si les actes de propagande sont permis immédiatement après la déclaration ou s'ils ne sont possibles qu'après la délivrance du récépissé définitif. Pour ce dernier sens on peut présenter les considérations suivantes : si le récépissé définitif n'est pas nécessaire pour permettre une propagande régulière, à quoi donc serait-il utile? Pourquoi en outre le délai pour le délivrer serait-il si parcimonieusement mesuré au préfet? Celui-ci sera obligé de prendre des

Digitized by Google

informations pour savoir si la situation est légale ; on comprend qu'on lui impose le devoir de se hâter, si le candidat a besoin de son certificat pour faire des actes de propagande ; mais si ce dernier est libre d'agir dès maintenant, cette hâte n'a pas de raison d'être. — Le texte de l'art. 3 confirme ce raisonnement. Il porte : « Toute déclaration faite en violation de l'art. 1er de la présente loi est nulle et irrecevable. » Le terme *irrecevable* ne peut évidemment être appliqué à la réception de la déclaration du candidat ni à la délivrance du récépissé provisoire, puisque ces actes se passent à un moment où le préfet n'a pu prendre aucun renseignement et ne sait pas si l'art. 1er est violé ou non ; il ne peut donc signifier qu'une seule chose, c'est que le récépissé définitif sera refusé lorsque l'art. 1er n'aura pas été respecté; ce qui démontre que le législateur considère comme non encore *reçue* toute déclaration qui n'aura pas été suivie de ce récépissé définitif. — On peut enfin invoquer l'esprit de la loi. Elle a pour but de prévenir et de rendre impossibles les manifestations plébiscitaires que l'on voudrait faire sur un même candidat; or si l'on permet de faire acte de candidature immédiatement après la déclaration, il s'ensuit que la France entière pourra être inondée de bulletins de vote et les murs de toutes les communes couverts d'affiches au nom d'un seul homme, et l'administration ne pourra faire arracher ces affiches et saisir ces bulletins que vingt-quatre heures plus tard, c'est-à-dire lorsque le récépissé définitif sera refusé; mais alors la manifestation sera faite et le but de la loi sera manqué.

Ce dernier argument qui a été développé devant la Cour d'Angers par M. l'avocat général Le Poittevin, à l'occasion de l'arrêt du 22 novembre 1889 [1], nous semble porter entièrement à faux. La loi a voulu éviter les manifestations plébiscitaires sans doute ; mais les manifestations de cette nature résultent du vote des électeurs et non de l'apposition d'affiches ou de la distribution de bulletins de vote. M. l'avocat général commettait d'ailleurs une erreur en disant que l'administration serait obligée de se croiser les bras pendant 24 heures malgré l'irrégularité de la candidature ; aussitôt que l'administration sait qu'une propa-

[1] Dall. 90. 2. 173.

Digitized by Google

gande est illégale, elle peut l'arrêter et poursuivre les auteurs des actes prohibés, aucun texte ne lui impose le moindre délai. Nous soutenons que le fait de n'avoir pas reçu encore le récépissé définitif ne suffit pas pour rendre une déclaration irrégulière ou pour faire considérer cette déclaration comme non existante; mais nous ne prétendons pas que toute déclaration soit nécessairement et toujours régulière par cela seul qu'on n'en a pas encore refusé le certificat définitif.

Les autres arguments sont plus plausibles; ils n'ont pas cependant convaincu les tribunaux qui se prononcent avec ensemble en sens contraire, bien qu'il y ait eu quelques divergences. Le système admis par la presque unanimité de la jurisprudence peut se résumer ainsi. La loi n'impose au candidat que deux obligations: faire sa déclaration dans la circonscription où il se présente, et ne pas être candidat dans plus d'une circonsconscription; lorqu'il a obéi, le candidat s'est entièrement conformé, en ce qui le concerne, aux prescriptions de la loi, sa situation est donc régulière et l'art. 4, de par son texte même, n'est pas applicable. Les récépissés provisoire et définitif ne dépendent pas du candidat, son droit de faire des actes de propagande ne saurait donc être subordonné à la délivrance de ces pièces, en l'absence d'une prescription formelle de la loi. Cette argumentation est corroborée par l'art. 5 qui n'autorise l'enlèvement ou la saisie des affiches, placards, professions de foi et bulletins de vote que lorsqu'ils sont apposés ou distribués pour appuyer une candidature dans une circonscription où elle ne peut être légalement produite. Mais une candidature est légale dès qu'elle est unique et qu'elle a été déclarée; le défaut et même le refus du certificat définitif ne peut pas plus rendre illégale une candidature unique et déclarée, que la délivrance de ce certificat ne pourrait couvrir l'irrégularité d'une candidature multiple ou non déclarée. Telle est la doctrine qui résulte des arrêts de la Cour de cassation des 20 et 21 mars 1890 [1].

Pour faire disparaître toute hésitation, il nous reste à répondre directement aux arguments fournis à l'appui du système contraire. On nous objecte en premier lieu qu'avec notre interprétation

[1] Dall. 90. 1. 283.

Digitized by Google

on ne comprend plus l'utilité ni de la délivrance d'un récépissé définitif, ni de la brièveté du délai imposé pour cette délivrance. La réponse est facile : il n'y a qu'à considérer que le candidat aura besoin d'auxiliaires pour faire la propagande en sa faveur et que ceux-ci seront responsables, si la candidature est irrégulière (art. 4 et 6). Ils demanderont donc la preuve de la situation régulière du candidat. Cette preuve résultera du récépissé définitif dont l'utilité est par suite très grande au point de vue pratique, puisque, sans lui, le candidat risquerait fort de ne pas pouvoir même faire imprimer ses professions de foi et bulletins de vote.

La deuxième objection est fondée sur l'emploi par l'art. 3 du terme : *irrecevable*. Evidemment si on veut donner à cette expression son sens propre, elle ne cadre pas avec notre système, mais elle ne cadre pas non plus avec le système que nous combattons. Dans les deux systèmes, en effet, on admet comme point de départ que la déclaration a été reçue, on discute seulement sur les effets de cette réception, qui est un fait acquis. L'expression ne peut donc avoir qu'un sens figuré et ce sens est indiqué par la loi elle-même, car elle dit : la déclaration est nulle et irrecevable. Ce dernier mot n'est qu'une redondance, celui qui le précède contient, croyons-nous, toute la pensée du législateur. Si l'on voulait pourtant trouver une utilité spéciale au qualificatif irrecevable, on le pourrait avec notre interprétation. La déclaration serait nulle lorsque l'administration n'en connaîtrait l'irrégularité qu'après l'avoir reçue ; elle serait irrecevable lorsqu'au moment même du dépôt, son illégalité serait certaine et qu'en conséquence le préfet refuserait de la recevoir.

2. *La loi s'applique-t-elle aux faits antérieurs à la période électorale?* — La déclaration de candidature *doit* être faite au plus tard le cinquième jour avant le scrutin ; mais la loi n'indique pas à quel moment elle *peut* être faite au plus tôt. Quelques-uns ont pensé qu'elle ne pouvait pas être faite avant la période électorale, c'est-à-dire la période de vingt jours qui précède l'élection et ils en ont conclu qu'avant cette période les actes de propagande n'étaient plus soumis à notre loi. Cette solution a été rejetée par la Cour de Chambéry, dans un arrêt du 12 décembre

Digitized by Google

1889[1], par les motifs suivants : 1° Le législateur de 1889 ne précise point le temps pendant lequel les dispositions de l'art. 2 sont applicables; il n'a rien formulé qui puisse faire admettre que cette loi n'a été promulguée que pour une période restreinte et déterminée ; il faut dès lors se reporter à la règle générale en matière de législation qui veut que toutes les prescriptions d'une loi demeurent applicables d'une façon continue depuis le jour de leur promulgation jusqu'à celui où elles sont régulièrement rapportées. — 2° L'ensemble de la loi démontre qu'elle a voulu obliger les candidats à faire, dans tous les cas, une déclaration dans la circonscription où ils feraient des actes de propagande ; or, en admettant le système proposé, on pourrait soutenir une candidature dans une circonscription sans en faire la déclaration, à la seule condition de l'arrêter au moment où commencerait la période électorale, mais alors que la propagande aurait produit ses principaux effets. — 3° L'annotateur de Dalloz fait valoir une troisième considération : le but que s'est proposé le législateur a été d'empêcher que les actes de candidature au nom d'un même citoyen puissent se manifester dans plus d'une circonscription; or ce but serait manqué s'il était permis de poser et de soutenir une candidature dans un arrondissement avant la période électorale et pendant cette période dans un autre arrondissement.

Les deux derniers arguments n'ont pas une grande force. Nous ne comprenons guère surtout la portée du deuxième; on craint qu'il ne soit fait dans une circonscription des actes de candidature par un candidat qui ne fera jamais de déclaration; mais le danger ne peut être bien grand, car le fait ne pourra se produire que si le candidat ne donne plus signe de vie pendant la période électorale, et il risque fort alors d'être oublié par les électeurs qui penseront tout au moins qu'il a renoncé de lui-même à l'honneur de les représenter. Cette observation répond aussi au troisième argument auquel d'autres réponses peuvent encore être faites, notamment celle-ci : ou bien le candidat pose simultanément sa candidature dans deux arrondissements différents, et il tombe alors sous le coup de la loi; car elle ne punit pas seulement le citoyen qui a fait plusieurs déclarations, mais aussi celui

[1] Dall. 90. 2. 183.

Digitized by Google

qui est en réalité candidat dans plus d'une circonscription, n'eût-il fait qu'une seule déclaration ; ou bien on se trouve en présence d'un homme politique qui, après avoir tâté un arrondissement, croit devoir y renoncer et en choisir un autre, et comme la loi ne défend pas ce passage d'une circonscription à une autre, le candidat doit être laissé libre de faire ce qui lui plaît. Il ne faudrait pas sans doute cacher une candidature effectivement multiple sous les apparences d'un changement de circonscription ; il faudrait aussi tenir compte des dispositions formelles du texte relatives aux déclarations à faire; mais si on satisfait à ces conditions, pourquoi ne pourrait-on pas changer d'arrondissement? En définitive la loi ne prohibe que les candidatures simultanées ; elle n'a pas voulu proscrire les candidatures successives pourvu qu'au moment du vote, il n'en existe plus qu'une seule.

Reste le premier argument : la loi, ne limitant pas la période de temps pendant laquelle elle est applicable, doit être présumée devoir s'appliquer toujours. Cela nous semble incontestable ; mais il faut ajouter comme corollaire que les préfets ne pourront jamais refuser les déclarations des candidats sous le prétexte que les élections sont éloignées. Imposer aux candidats l'obligation de faire une déclaration sans imposer en même temps aux préfets l'obligation de la recevoir serait en réalité réduire à néant le droit des candidats.

Et si le préfet refuse d'accepter une déclaration ? Remarquez que cela peut arriver même pendant la période électorale. La loi n'a pas prévu la difficulté et nous ne connaissons pas d'arrêt qui s'en occupe; nous nous bornerons donc à motiver brièvement notre opinion. Nous pensons que l'autorité judiciaire n'est pas tenue de s'incliner devant le refus du préfet; elle devra autoriser le candidat à faire devant elle la preuve qu'il a, en ce qui le concerne, fait la déclaration légale, puis, si elle estime que la déclaration aurait dû être reçue, elle renverra le candidat ou ses auxiliaires des fins de la poursuite, car ils ont obéi à la loi et le refus du préfet ne peut les priver de l'exercice de leurs droits politiques.

Dans l'ordre d'idées que nous exposions plus haut au sujet du droit que nous reconnaissons au candidat de changer de circonscription, il y aurait lieu de se demander si une déclaration ne peut

Digitized by Google

pas être retirée ou annulée par le candidat. La question est importante ; car si on admet la négative, chaque candidat après sa déclaration sera lié à son arrondissement jusqu'à l'élection, il ne pourra changer que lors du deuxième tour de scrutin, s'il y en a un ; et encore est-ce controversable. Quoique cette solution soit rigoureuse, nous pensons qu'elle est imposée par le texte ; aucune disposition ne permet en effet les retraits de déclaration et au cas d'existence de plusieurs déclarations l'art. 3 décide que la première en date seule est valable et cela sans aucune distinction, ni restriction. Ajoutons que la faculté de retirer une déclaration pour en faire une autre dans un autre arrondissement aurait certainement donné lieu à des fraudes et aurait fait perdre à la loi une partie de son efficacité.

3. *Durée de la prescription de l'action publique.* — Quelle est la prescription applicable aux délits prévus par la loi du 17 juillet 1889? L'art. 50 du décret organique du 2 février 1852 sur les élections pour le Corps législatif dispose : « L'action publique et l'action civile seront prescrites après 3 mois à partir du jour de la proclamation du résultat de l'élection. » On a soutenu que c'était là une règle générale applicable aux délits commis en matière d'élection, et que, puisque notre loi n'y dérogeait pas, il fallait l'appliquer aux délits qu'elle punissait. La Cour de cassation n'a pas admis ce point de vue. Elle décide, dans un arrêt du 20 mars 1890 [1], que la règle générale pour la prescription des délits même en matière électorale se trouve dans les art. 637 et 638 du Code d'instruction criminelle. L'art. 50 du décret de 1852 n'est qu'une règle particulière à laquelle aucune disposition de la loi du 17 juillet 1889 ne se refère et qu'il faut par suite laisser de côté.

II. — *Administration départementale.*

1. *Attributions du Conseil général réuni en session extraordinaire.* — On sait que les conseils généraux peuvent être convoqués en session extraordinaire dans deux cas : 1° par décret du chef de l'État ; 2° si les deux tiers des membres en adressent la demande écrite au président, la convocation est alors faite par

[1] Dall. 90. 1. 281.

Digitized by Google

le préfet. Dans le premier cas il paraît toujours avoir été admis que le conseil ne peut s'occuper que des affaires formellement indiquées dans l'acte de convocation ; il y a même en ce sens une décision du ministre de l'intérieur en date du 23 novembre 1872. Cette décision n'a pourtant qu'une autorité morale, et les textes des diverses lois d'organisation départementale n'ont jamais contenu aucune disposition de ce genre, ni la loi du 22 juin 1838, ni celle du 7 juillet 1852, ni la loi actuellement en vigueur du 10 août 1871.

La même restriction doit-elle être admise lorsque la convocation en session extraordinaire a lieu sur la demande des conseillers généraux? Le Conseil d'État vient de se prononcer pour l'affirmative à deux reprises : une première fois en assemblée administrative dans un avis en date du 8 mars 1888 [1], et la deuxième fois par l'arrêt contentieux du 5 avril 1889 [2]. Les motifs de ces deux décisions, calquées l'une sur l'autre, sont : « que le droit donné par l'art. 24 de la loi du 10 août 1871 aux deux tiers des membres en exercice d'un conseil général de provoquer une réunion extraordinaire de cette assemblée implique nécessairement l'accord préalable qui a dû s'établir entre les membres sur l'objet de la réunion. La demande écrite adressée par eux au président doit par suite indiquer cet objet, et l'ordre du jour de la session se trouve par là même constitué ; le conseil ne peut donc pas mettre en délibération des matières qui n'y sont pas comprises et sur lesquelles n'a pas pu porter l'accord intervenu. »

Cette argumentation laisse à désirer. Il n'est pas du tout nécessaire que les membres du conseil général qui demandent une session extraordinaire soient obligés de s'entendre sur le fait qui, à leurs yeux, justifie cette convocation, et il peut fort bien arriver que les uns soient poussés par le désir d'examiner une affaire et que d'autres soient influencés par des considérations différentes. L'important est qu'ils soient d'accord sur le fait même de demander une réunion extraordinaire ; la loi ne requier pas autre chose et n'impose même pas aux demandeurs l'obliga-

[1] *Revue générale d'administration*, avril 1888, p. 476.

[2] *Recueil des arrêts du Cons. d'État*, 1889, p. 463.

Digitized by Google

tion d'indiquer un motif. Mais en admettant même que la demande contienne l'indication des affaires qui l'expliquent, il n'y a aucun motif pour en conclure que le conseil général sera lié et ne pourra pas examiner d'autres questions. Il y a des matières qui ne sont pas assez importantes par elles seules pour justifier une réunion extraordinaire du conseil général, aussi aurait-on attendu la session ordinaire prochaine; mais si les circonstances amènent une session extraordinaire, pourquoi ne pourrait-on pas en profiter pour terminer toutes les affaires existantes? Pour légitimer la restriction que l'on propose, on a dit : il importe à la bonne gestion des intérêts départementaux que le conseil général ne délibère pas à la légère et que ses membres soient avertis à l'avance des questions qu'ils auront à discuter afin de pouvoir les étudier. Cette considération tendrait à nous faire croire que ce n'est que dans les sessions extraordinaires que la légèreté des délibérations peut avoir des inconvénients; dans les sessions ordinaires cela n'aurait aucune importance. Nous rappelons en effet que dans les sessions ordinaires le conseil général peut s'occuper de toutes les affaires qui se présentent sans qu'on essaie même de prévenir les conseillers avant la session. Pourquoi excellent dans un cas ce procédé serait-il dangereux dans l'autre cas? Nous conservons donc des doutes sérieux au point de vue juridique sur la valeur de la solution consacrée par le Conseil d'État; et ces doutes sont augmentés par la comparaison de l'art. 24 de la loi départementale avec l'art. 47 de la loi municipale. Pour les conseils municipaux le législateur a voulu établir la règle dont nous discutons l'application aux conseils généraux, aussi l'a-t-il dit formellement; il a en outre pris la précaution d'exiger expressément que la demande des conseillers municipaux fût motivée et que la convocation contînt l'indication des objets spéciaux et déterminés pour lesquels le conseil allait s'assembler. Aucune de ces dispositions ne se trouve dans l'art. 24 de la loi de 1871, on est obligé, dans l'intérêt de la solution que nous combattons, de les sous-entendre toutes; mais ce n'est plus là de l'interprétation, c'est une véritable modification du texte. Nous ajoutons que le législateur de 1884 n'a rien innové en ce point; déjà la loi municipale du 5 mai 1855 dans ses art. 15 et 16 exigeait

Digitized by Google

que la demande d'une réunion extraordinaire émanant des membres du conseil municipal fut faite pour un objet spécial et déterminé ; la convocation devait contenir « l'indication des objets spéciaux et déterminés pour lesquels le conseil doit s'assembler ; » enfin il était dit expressément : « en cas de réunion extraordinaire le conseil ne peut s'occuper que des objets pour lesquels il a été spécialement convoqué. » Si le législateur de 1871 avait voulu imposer aux conseils généraux une obligation analogue, il aurait certainement employé une formule semblable, tandis qu'il n'a absolument rien dit.

Au point de vue pratique la solution que nous combattons n'aura peut-être pas autant d'importance qu'on le croirait à première vue, si toutefois l'assemblée contentieuse du Conseil d'Etat accepte complétement la doctrine de l'assemblée administrative. Celle-ci en effet termine son avis du 8 mars 1888 par la considération suivante : « Considérant que, si pendant la session les deux tiers des conseillers généraux en exercice adressent au président une demande écrite tendant à ajouter à l'ordre du jour indiqué par la demande primitive, cette démarche doit être assimilée à une nouvelle demande de session extraordinaire et doit produire son effet après une nouvelle convocation conformément à l'art. 24 de la loi du 10 août 1871. » Or comme les convocations ne sont soumises à aucune forme ni à aucun délai, si tous les conseillers sont présents, et que le préfet consente à convoquer immédiatement, le Conseil pourra dans la même séance demander la convocation, être convoqué et délibérer ; seulement il aura besoin du consentement du préfet, il faudra aussi que tous les membres soient présents ; de sorte qu'un fait accidentel, l'absence d'un membre, ou l'opposition du préfet peuvent modifier les pouvoirs du Conseil général. Nous avons peine à croire que ces solutions soient bonnes en elles-même et surtout qu'elles soient conformes à l'esprit de la loi de 1871 qui est une loi de décentralisation. Si cependant on adopte la première décision du Conseil d'Etat, la deuxième paraît en découler logiquement.

2. *Marchés passés pour le compte du département.* — Les marchés pour le compte de l'Etat sont régis par les décrets du 18 novembre 1882 et 4 juin 1888, ceux pour le compte des

Digitized by Google

communes et des établissements publics par l'ordonnance du 14 novembre 1837 ; mais aucun règlement spécial n'est intervenu jusqu'à ce jour relativement aux marchés faits par le département. Pendant longtemps on les a soumis aux mêmes règles que les marchés de l'Etat, et l'on pouvait au besoin fonder cette pratique sur l'art. 480 du décret du 31 mai 1862 sur la comptabilité publique ; mais depuis la loi du 10 août 1871 des doutes se sont élevés, et lorsque les règles relatives aux marchés de l'Etat furent modifiées en 1882 et en 1888, on soutint que ces modifications étaient contraires à l'esprit et même au texte de la loi de 1871 puisqu'elles restreignaient les pouvoirs donnés aux Conseils par cette loi et que par conséquent elles ne leur étaient pas applicables. Le décret de 1882 impose en principe le procédé de l'adjudication et ne permet les traités de gré à gré que dans des cas limités ; il spécifie les garanties que l'administration peut exiger des adjudicataires et des soumissionnaires, ainsi que l'action qu'elle peut exercer sur ces garanties ; le décret du 4 juin 1888 admet les sociétés françaises d'ouvriers à soumissionner au même titre que les autres entrepreneurs soit par voie de marché de gré à gré jusqu'à concurrence de 20.000 fr., soit par voie d'adjudication ; il leur accorde en outre des avantages parmi lesquels : des dispenses de cautionnement dans certains cas, un droit de préférence à égalité de rabais, un droit à des à-compte par quinzaine. Toutes ces dispositions gênent évidemment l'initiative des conseils généraux qui peuvent trouver dans diverses dispositions de la loi de 1871 un argument sérieux pour soutenir qu'ils ne sont pas obligés de s'y conformer ; nous signalons notamment l'art. 46-9° : « Le Conseil général statue définitivement sur les objets ci-après désignés savoir :... 9° Projets, plans et devis de tous autres travaux à exécuter sur les fonds départementaux et désignation des services auxquels ces travaux seront confiés. » L'avis du Conseil d'Etat du 27 juin 1889[1] se prononce pourtant pour l'application des décrets de 1882 et de 1888 par le motif que le législateur de 1871 en accordant aux conseils généraux le droit de statuer sur les marchés départementaux n'a voulu résoudre qu'une question de compétence, mais n'a pas entendu modifier

[1] *Revue générale d'administration*, décembre 1889, p. 437.

Digitized by Google

les règles antérieures relatives soit aux mesures d'instruction, soit aux mesures d'exécution qui d'ailleurs appartiennent en principe aux préfets par application de l'art. 3 de la loi de 1871 ; les nouveaux pouvoirs conférés aux Conseils généraux doivent donc s'exercer sous l'empire des règles qui s'imposaient auparavant à l'administration. Il est vrai que ces règles ont été plus tard modifiées, mais qu'importe? Puisque le vœu de la loi est que les marchés départementaux soient traités comme les marchés faits pour l'Etat, tout changement dans la réglementation de ces derniers s'appliquera aux premiers.

3. *La violation d'un contrat donne-t-elle lieu à l'application de l'art. 33 de la loi de 1871?* — La question s'est présentée à l'occasion des faits suivants : Le sieur Luneau avait légué au département de la Vendée une rente annuelle de 6.000 fr. pour être répartie chaque année par le Conseil général, dans des proportions établies par le testament, entre instituteurs et institutrices laïques, sur les propositions des inspecteurs de l'Université et des écoles primaires. Dans la session de 1888 le préfet remit au Conseil général deux listes de présentation en vue de la distribution des fonds provenant du legs Luneau ; ces deux listes étaient conformes aux propositions écrites ou verbales des inspecteurs. Mais le Conseil général, pour affirmer le droit qu'il revendiquait de choisir lui-même parmi des instituteurs non présentés ceux qu'il voudrait faire participer à la distribution, ajouta de son autorité, sur chaque liste des noms qui n'avaient pas été proposés.

Le décret du 31 janvier 1889[1] a annulé cette délibération en vertu de l'art. 33, mais l'application de ce texte nous semble fort contestable. A l'appui de la décision qu'il consacre le décret donne deux motifs.

1° Le Conseil général n'a pas en principe dans ses attributions légales, la répartition des fonds de subvention. — Nous le voulons bien, mais il y a ici une libéralité faite par un tiers avec une clause expresse de répartition à faire par le Conseil général, et le gouvernement a autorisé l'acceptation de la libéralité. Pour détruire les effets de cette autorisation, il faudrait soutenir que la clause dont il s'agit est contraire à l'ordre public et que par suite l'ap-

[1] *Revue générale d'administration*, avril 1889, p. 460.

Digitized by Google

probation gouvernementale elle-même n'a pas pu en couvrir la nullité, mais une pareille prétention serait tellement exorbitante que nous doutons fort qu'elle soit jamais formulée. Nous faisons d'ailleurs observer que le décret d'annulation lui-même reconnaît qu'il est permis au Conseil général de faire une répartition puisqu'il maintient en partie celle que le Conseil a faite; il n'annule que l'adjonction des noms nouveaux sur les listes de distribution; il considère donc que l'illégalité ne consiste pas dans le seul fait d'avoir effectué une répartition, mais qu'elle provient de ce que le Conseil n'a pas tenu compte des conditions imposées par le testament.

2° Nous arrivons alors au deuxième argument. Le Conseil ne pouvait faire la répartition que conformément au testament; en en violant les clauses il est donc sorti de ses attributions. — Que le Conseil général ait fait quelque chose qu'il n'avait pas le droit de faire, nous voulons bien l'admettre quoique la controverse soit possible, mais c'est une exagération que de dire que c'est là une question de compétence. Si le testament avait permis au Conseil général de faire la répartition à sa guise, celui-ci eût pu faire régulièrement la distribution qu'on lui reproche actuellement; ce n'est donc pas une loi d'organisation administrative qui lui fait obstacle, c'est une clause d'un acte privé; il n'a pas violé une règle d'ordre public, mais seulement une disposition émanant de la volonté d'un simple particulier. Est-il permis dès lors d'invoquer l'art. 33 qui suppose la violation des attributions organiques des Conseils généraux? Il y a encore un autre motif pour écarter l'application de l'art. 33. Ce texte donne compétence au chef de l'État; et cela est tout naturel si on le restreint aux questions d'organisation administrative et d'ordre public. Chargé de maintenir l'ordre matériel et moral dans le pays, le chef du pouvoir exécutif doit exercer une sorte d'autorité disciplinaire sur tous les organes de la puissance publique pour maintenir chacun à son rang et prévenir ou réprimer tous les empiètements. Mais s'il s'agit d'une difficulté touchant à l'interprétation d'un acte privé, l'intervention du chef de l'Etat n'a plus de raison d'être; elle est contraire au principe de la séparation des pouvoirs qui réserve à l'autorité judiciaire la solution des questions de ce genre.

Digitized by Google

III. — *Attributions des Chambres de commerce.*

Le Conseil d'Etat a eu à préciser ces attributions dans les circonstances suivantes : L'agrandissement des quais et bassins du port de Marseille rendait nécessaires sur les nouveaux quais la construction de hangars et l'établissement d'appareils hydrauliques pour le transbordement des marchandises. La concession de ces travaux fut faite à la Chambre de commerce par des décrets qui l'autorisèrent en même temps à emprunter les sommes nécessaires et à percevoir les taxes suffisantes pour subvenir à l'entretien de l'outillage ainsi créé et à l'amortissement des emprunts. La Compagnie des Docks et Entrepôts de Marseille qui avait obtenu une concession analogue sur les anciens quais se pourvut en Conseil d'Etat contre des décrets leur reprochant : 1° de porter atteinte aux privilèges et au monopole qui lui avaient été concédés à elle-même ; 2° de donner à la Chambre de commerce la direction d'un service étranger à ses attributions. Au premier reproche le Conseil, conformément à sa jurisprudence sur le recours parallèle, répondit qu'il fallait s'adresser au Conseil de préfecture puisque c'était une question d'interprétation d'un marché de travaux publics, mais il retint l'examen du deuxième reproche qu'il jugea d'ailleurs mal fondé. (Arrêt du 11 janvier 1889)[1].

Constatons d'abord que la Compagnie des Docks avait évidemment qualité pour réclamer ; il s'agissait en effet d'actes ayant pour objet d'établir une concurrence à ses propres opérations, elle avait par suite un intérêt direct et personnel à les faire annuler. Aussi la recevabilité de sa requête n'a-t-elle soulevé à ce point de vue aucune difficulté.

Les Chambres de commerce sont surtout des corps consultatifs. Comme le dit l'art. 11 du décret du 3 septembre 1851 : « Elles ont pour attribution : 1° de donner au gouvernement les avis et renseignements qui leur sont demandés sur les faits et les intérêts industriels et commerciaux ; 2° de présenter leurs vues sur les moyens d'accroître la prospérité de l'industrie et du commerce. » Mais leur rôle ne se borne pas là. L'art. 19 du décret

[1] *Recueil des arrêts du Cons. d'État.*, 1889, p. 31.

Digitized by Google

de 1851 leur donne la personnalité civile, l'art. 17 leur accorde la faculté de percevoir des taxes, enfin les art. 13 et 14 leur permettent d'administrer les Bourses et les établissements créés pour l'usage du commerce. Ces chambres sont donc de véritables établissements publics ayant la capacité légale de faire tous les actes qui rentrent dans l'accomplissement de la mission que la loi leur a confiée. Nous disons qu'elles constituent des établissements publics bien que l'art. 19 ci-dessus indiqué les qualifie d'établissements d'utilité publique; mais on admet généralement que cette qualification est inexacte. La question n'a pas d'ailleurs une grande importance au point de vue pratique, elle est surtout complétement indifférente à la matière des attributions. Le texte sur lequel porte la difficulté que nous examinons est l'art. 14 du décret du 3 septembre 1851 ; il permet aux Chambres de commerce d'administrer « les établissements créés pour l'usage du commerce. » Il s'agit donc de savoir si la construction et l'entretien de l'outillage des ports rentre dans ces expressions. L'affirmative nous semble incontestable, car les hangars et les engins pour le transbordement des marchandises sont bien destinés à l'usage du commerce, et si on était arrêté par le mot *établissement*, nous ferions remarquer que l'art. 11 donne à ce mot un sens très large et très général puisque parmi les exemples qu'il nous fournit nous trouvons la création de cours publics pour la propagation des connaissances commerciales et industrielles, l'institution de magasins de sauvetage... Toute entreprise utile au commerce rentre donc dans la définition du décret. Mais, objectait la Compagnie des Docks, la Chambre de commerce va donc pouvoir se livrer à une véritable exploitation commerciale! Nous n'y verrions, en ce qui nous concerne, aucun obstacle juridique puisque le texte du décret ne fait aucune restriction. Au point de vue pratique la chose pourrait avoir de graves inconvénients en ce qu'elle permettrait de faire concurrence à des entreprises privées avec les fonds provenant des contributions publiques. C'est au gouvernement à prendre les précautions nécessaires pour qu'il n'y ait pas abus, et cela lui sera facile puisque les Chambres de commerce auront toujours besoin d'un décret pour faire autoriser leurs opérations. Dans l'hypothèse actuelle

Digitized by Google

l'arrêt du Conseil d'Etat constate que la Chambre de commerce n'était chargée que de l'établissement et de l'entretien des hangars et engins, mais non de la manœuvre de ces engins ni de la manutention ou de la garde des marchandises; qu'en outre le prix de location était calculé de manière à couvrir les dépenses, sans laisser aucun bénéfice. Dans ces conditions la Chambre gérait un service public et non une entreprise commerciale.

IV. — *Affectations immobilières à un service public.*

Ces sortes d'actes ont donné naissance à d'importantes questions; nous en avons à cette place [1] déjà discuté quelques-unes; les décisions rendues dans le courant de l'année judiciaire nous en présentent de nouvelles.

1. *Interprétation des actes d'affectation.* — Quelle est la nature de l'opération par laquelle un tiers concède un immeuble à une administration dans l'intérêt d'un service déterminé? Transfère-t-elle au concessionnaire un droit irrévocable et absolu, ou bien le concédant reste-t-il maître de revenir sur la concession et de reprendre son immeuble? Nous croyons que les effets de l'opération dépendent de la volonté des parties, car ni le mot ni l'acte d'affectation ne sont définis nulle part par la loi et il est aussi licite de faire et d'accepter une concession révocable qu'une concession irrévocable; les intéressés sont donc libres de faire produire à l'acte auquel ils prennent part, les conséquences qu'ils voudront.

On a, il est vrai, prétendu le contraire. Gaudry, par exemple, dans son traité du domaine [2], dit en parlant des affectations consenties par l'Etat: « elles sont essentiellement temporaires, révocables par de simples actes administratifs sans que l'affectataire puisse invoquer aucune prescription puisque son titre ne lui transfère qu'une jouissance précaire. » Mais c'est là une affirmation purement gratuite dont il serait difficile de fournir la justification. M. le commissaire du gouvernement Gomel, dans des conclusions qui sont reproduites par Dalloz [3], adoptait cette doctrine en la rat-

[1] *Revue critique de législation et de jurisprudence*, nouv. série, t. 17, p. 591.
[2] T. 2, p. 530.
[3] Dall. 84. 3. 90

Digitized by Google

tachant à la règle que l'aliénation d'un immeuble appartenant à l'État ne peut être autorisée que par une loi; il concluait par suite que l'affectation, résultant toujours d'un décret, ne pouvait produire une aliénation. Mais cette règle relative à l'aliénation des immeubles appartenant à l'État n'a pas toujours été admise; à tort ou à raison (et nous ne voulons pas ici entrer dans l'examen de cette controverse), l'administration a revendiqué pendant longtemps le droit d'aliéner, comme une attribution propre pour l'exercice de laquelle elle n'avait pas besoin d'autorisation législative, et la jurisprudence lui donnait gain de cause; donc pour les affectations faites pendant cette période l'argumentation de M. Gomel ne porte pas. Depuis la loi du 1er juin 1864 il faudrait faire une distinction, l'affectation ne pourrait concéder qu'une jouissance précaire lorsqu'elle aurait pour objet un immeuble valant plus d'un million de francs, mais elle pourrait constituer une aliénation pour les immeubles de valeur inférieure puisque l'aliénation de ces immeubles est possible sans autorisation législative. Dans les mêmes conclusions M. Gomel soutenait encore que les affectations consenties par les communes pour un service qui n'était pas à leur charge ne pouvaient constituer que des aliénations, parce que d'une part l'aliénation d'un bien communal est dans les attributions de l'autorité municipale et que, d'autre part, admettre la révocabilité de la concession consentie par la commune serait en réalité lui permettre de se soustraire injustement aux obligations auxquelles elle se serait volontairement soumise. Les deux arguments sont aussi mal fondés l'un que l'autre. Sans insister sur la nécessité où pourra se trouver l'autorité municipale de demander des autorisations pour la régularité de l'aliénation qu'elle aura votée, qu'il nous suffise de constater que de ce qu'on peut aliéner il ne résulte pas qu'on soit obligé de le faire. Quant aux obligations à l'effet desquelles on soustrairait la commune, nous ne les voyons pas. Sans doute si la commune a voulu faire une concession irrévocable et qu'elle ait pu réaliser sa volonté, elle n'aura plus ensuite la possibilité de revenir sur le contrat qu'elle aura consenti, mais si, en votant l'affectation, le conseil municipal s'est formellement réservé la faculté de la révoquer, l'exercice de cette faculté ne peut être en aucune façon

Digitized by Google

contraire au droit ou à l'équité. Nous maintenons donc notre affirmation que les effets d'une affectation dépendent en principe de la volonté des parties intéressées. Pour connaître ces effets il faudra donc rechercher l'intention des contractants.

Malheureusement la question d'interprétation se compliquera souvent d'une question de compétence. Les concessions faites en vue d'un service public et dans l'intérêt de ce service ne sont pas en effet des actes de gestion, ce sont de véritables actes administratifs. Lorsque l'État, par exemple, abandonne un de ses immeubles pour y établir une école ou une église, il est bien impossible de voir dans cet abandon l'action d'un propriétaire qui ne se préoccuperait que de la bonne gestion de son patrimoine, qui rechercherait surtout un procédé pour obtenir de ses biens des produits plus abondants ; l'État sacrifie au contraire l'intérêt de son patrimoine privé en vue d'un intérêt, qui lui paraît bien supérieur, celui de la culture morale et intellectuelle de ses administrés. Or dans l'accomplissement de ce rôle il n'est pas soumis au contrôle de l'autorité judiciaire ; si les actes qui se rattachent à l'exercice de cette fonction soulèvent des difficultés, le principe de la séparation des pouvoirs exige qu'on en réfère à l'autorité administrative elle-même. L'affectation d'un immeuble à un service public est donc un acte appartenant tout entier au contentieux administratif; en fait on pourra hésiter dans certains cas sur le vrai caractère de l'opération, mais les principes que nous venons d'exposer sont certains. Examinons-en quelques cas d'application :

1° La ville de Marseille, voulant effectuer le percement de la rue Colbert, avait demandé la désaffectation de l'église curiale de Saint-Martin afin de pouvoir la démolir, car elle se trouvait presque entièrement sur le plan d'alignement de la nouvelle rue. Un décret du 21 janvier 1886 lui accorda ce qu'elle demandait. Ce décret fut attaqué devant le Conseil d'État par l'évêque de Marseille qui soutenait que l'affectation avait donné à l'autorité religieuse un droit irrévocable et que sans son consentement aucune désaffectation n'était possible. Le Conseil d'État rejeta son interprétation et admit la révocabilité de la concession dans un arrêt du 12 avril 1889[1].

[1] *Recueil des arrêts du Cons. d'État*, 1889, p. 495.

Digitized by Google

2° Des bâtiments et jardins appartenant à l'État avaient été mis à la disposition de l'évêque d'Autun, pour y installer un petit séminaire ; puis cette concession fut révoquée. L'évêque se pourvut en Conseil d'État pour faire décider qu'il y avait eu aliénation par l'État, et que par suite il n'y avait pas de révocation possible, mais son système fut rejeté (arrêt du 27 avril 1888)[1].

Dans les deux cas la compétence du Conseil d'État a paru si certaine qu'elle n'a pas même été contestée. Le caractère de l'affectation n'était pas douteux; elle avait été bien évidemment faite en vue d'un service public : le culte dans le premier cas, l'enseignement dans le deuxième cas.

Nous croyons que c'est là le seul élément dont il faut tenir compte. L'annotateur de Dalloz, dans les observations qu'il a consacrées au deuxième arrêt que nous venons de citer, attribue à la jurisprudence un système différent. D'après cet arrêtiste les tribunaux n'admettraient pas pour les affectations consenties par les communes les mêmes règles de compétence que pour celles qui seraient faites par l'État ; mais les décisions qu'il cite ne nous paraissent pas avoir cette signification. C'est d'abord un arrêt du 29 juin 1883 [2]. Le conseil municipal de la ville d'Auxerre avait voté la révocation d'une affectation autrefois consentie par la ville, sous le prétexte que l'affectataire, qui était dans l'espèce l'archevêque de Sens, n'avait pas exécuté les conditions imposées à la concession. Sur cette délibération était survenu un décret, qui avait rapporté l'ordonnance d'autorisation, dont la ville avait eu besoin pour régulariser l'opération, et qui avait ordonné la restitution de l'immeuble à la commune. L'archevêque de Sens se pourvut pour excès de pouvoir contre le décret et demanda en outre à être remis en possession avec allocation d'une indemnité. Il obtint gain de cause pour la demande principale et le décret fut annulé « parce qu'il avait entendu trancher une contestation relative à une convention..... et qu'il avait fait un acte de juridiction qui constituait un excès de pouvoir. » Il n'y a rien dans ce considérant qui puisse laisser supposer que le Conseil d'État eût trouvé la juridiction administra-

[1] Dall. 89. 3. 75.
[2] Dall. 84. 3. 89.

Digitized by Google

tive incompétente pour statuer sur la difficulté pendante entre l'archevêque et la commune. Il est vrai que le Conseil n'a pas voulu connaître de la demande d'indemnité formée par l'archevêque, mais il n'explique pas avec précision les motifs de son refus et comme il n'était saisi que d'un recours pour excès de pouvoir et non d'une demande générale tendant à l'interprétation et à l'exécution des actes d'affectation, on peut croire qu'il a considéré la demande d'indemnité comme ne rentrant pas dans le litige qui lui était régulièrement soumis. Il est vrai encore que le commissaire du gouvernement dans ses conclusions avait soutenu que l'autorité judiciaire était seule compétente pour trancher le différend au fond ; mais ni les arguments ni la conclusion du commissaire du gouvernement ne se trouvent reproduits dans l'arrêt. Le seul argument d'ailleurs que donnât le commissaire du gouvernement était : que l'affectation constituait un contrat. Si la proposition est exacte pour la commune, elle doit l'être aussi pour l'État, puisque l'opération est la même dans les deux cas ; il s'ensuit donc que c'est un contrat administratif, puisque pour l'État la compétence administrative ne fait pas doute. Nous ne pouvons comprendre ces efforts que l'on tente pour séparer les deux sortes d'affectation. L'administration municipale appartient à l'autorité administrative au même titre que l'administration centrale ; la municipalité fait donc partie de ces administrateurs dont les actes sont protégés contre l'immixtion des tribunaux judiciaires par le principe de la séparation des pouvoirs ; ce principe est unique, il est le même vis-à-vis du pouvoir central comme vis-à-vis du pouvoir municipal. Si donc il donne le caractère d'acte administratif aux affectations à des services public faites par l'Etat, le même caractère doit appartenir aux actes semblables consentis par les communes. — Le deuxième arrêt cité par l'annotateur de Dalloz est celui du 17 juillet 1887 dont nous avons rendu compte dans cette Revue même [1] et que nous avons entièrement approuvé. Il s'agissait d'une affectation consentie par la ville de Paris pour l'établissement d'une maison principale et d'un noviciat des frères de la doctrine chrétienne et le Conseil d'État s'est reconnu incompé-

[1] Nouvelle série, T. 17, p. 591.

Digitized by Google

tent pour interpréter les actes d'affectation parce qu'elle ne constituait pas une affectation à un service public. Cet arrêt confirme donc notre doctrine loin de lui être contraire.

La question de compétence résolue, voyons ce qu'il faut décider quant au fond. Nous supposons bien entendu que les actes d'affectation ne sont pas explicites, car, s'ils s'expliquaient nettement, il n'y aurait pas de difficultés. Mais si, comme cela arrive le plus souvent, l'étendue et la durée de la concession ne sont pas précisées, nous pensons qu'il faut interpréter l'opération en faveur du concédant en vertu du principe : que les donations ne se présument pas et doivent par suite être interprétées restrictivement. Nous approuvons donc les décisions qui admettent que l'administration doit être supposée n'avoir voulu faire que des concessions révocables, toutes les fois qu'il n'existe pas de clause tacite ou expresse contraire.

L'arrêt du 27 avril 1888, que nous avons déjà mentionné ci-dessus, a fait l'application de cette doctrine dans des conditions intéressantes. L'évêque d'Autun prétendait qu'au cas où on admetrait la révocabilité de la concession consentie à un de ses prédécesseurs on reconnût tout au moins qu'il y avait eu interversion du titre de la possession et que les évêques, ses prédécesseurs, possédaient à titre de propriétaires depuis plus de temps qu'il n'en fallait pour avoir acquis la prescription. Le Conseil d'Etat n'a pas voulu examiner ce moyen pour lequel il a déclaré que la juridiction administrative était incompétente ; ce n'est plus en effet une question concernant l'acte d'affectation ; on invoque des faits postérieurs qui sont de droit privé et dont la connaissance par conséquent appartient aux tribunaux judiciaires. La prétention de l'évêque d'Autun nous paraît au fond bien extraordinaire ; nous ne connaissons pas les faits qu'il invoquait pour en conclure une interversion du titre de sa possession, mais l'art. 2240 du Code civil nous semble élever un obstacle sérieux devant sa réclamation.

2. *Désaffectation des églises.* — La révocabilité de l'affectation a soulevé de grandes difficultés en ce qui concerne les églises. Le Conseil d'Etat l'a admise pourtant dans l'arrêt que nous avons déjà signalé entre la ville et l'évêque de Marseille. Il y avait sur

Digitized by Google

cette question deux difficultés particulières : d'une part on soutenait que l'affectation, résultant d'une loi, devait être perpétuelle ; on disait en deuxième lieu qu'en tout cas la révocation n'en pouvait être faite par simple décret.

Il est vrai que l'art. 12 du Concordat et l'art. 75 de la loi du 18 germinal an X ont mis à la disposition des évêques pour le service du culte les anciennes églises qui n'avaient pas été aliénées ; mais c'est là une affectation ordinaire, et aucune des expressions employées par les deux actes législatifs ne permet de croire qu'elle doive être soumise, quant à ses effets, à des règles spéciales. Invoquerait-on les mots *à la disposition des évêques* qui se trouvent dans le texte légal pour en conclure l'existence d'une aliénation en faveur de ceux-ci, mais il faudrait alors décider que les évêques sont propriétaires des immeubles visés par la loi, ce que personne n'a jamais soutenu et ce qui est formellement contraire à l'avis du Conseil d'Etat du 6 pluviôse au XIII qui donne cette propriété aux communes. Ce transfert de propriété, d'ailleurs, vis-à-vis duquel les évêques sont des tiers, ne peut augmenter leurs droits. Serait-ce dans l'intervention du législateur qu'on trouverait la cause de la perpétuité de l'affectation ? Mais nous ne voyons aucun lien saisissable entre la cause et l'effet. Pourquoi donc, en l'absence bien entendu de toute disposition contraire, l'acte consenti par le législateur ne conserverait-il pas sa nature propre et ses effets ordinaires ?

Sur le deuxième point la controverse est plus acceptable. Il semble même au premier abord étrange que le consentement donné par une loi puisse être retiré par un décret. Cela paraît contraire au principe constitutionnel de la subordination de l'autorité administrative au pouvoir législatif ; le pouvoir exécutif ne peut ni abroger ni modifier les lois. Mais en examinant sérieusement l'hypothèse on s'aperçoit que ce principe n'est pas en jeu. La loi du 18 germinal an X fait deux choses : elle affecte les églises au service du culte et en outre elle transmet aux communes la propriété de ces édifices ; les communes sont donc substituées à l'Etat et peuvent exercer tous les droits qu'avait leur auteur ; or celui-ci aurait pu révoquer l'affectation, donc les communes le peuvent aussi. Qu'on n'objecte pas que la

Digitized by Google

cession n'était faite par l'Etat qu'à la charge par la commune de respecter la destination spéciale donnée aux biens ; car nous avons déjà répondu que les affectations sont en principe révocables; et rien ne permet de croire que l'Etat ait voulu imposer aux communes une charge plus forte que celle qu'il acceptait pour lui-même dans les cas semblables. En somme, l'affectation et la cession aux communes sont deux opérations distinctes et intervenant entre des personnes différentes, la deuxième ne peut donc augmenter les effets de la première.

L'affectation sera donc révocable; mais la commune n'a-t-elle pas besoin d'une autorisation pour exercer son droit de révocation? L'art. 167 de la loi du 5 avril 1884 pose en principe que les désaffectations opérées par les communes en matière de culte doivent être prononcées dans la même forme que les affectations. Mais cette règle ne s'applique qu'aux immeubles consacrés au service du culte en dehors des prescriptions de la loi de germinal ; nous ne pouvons donc pas l'invoquer dans notre espèce. On eût dû alors, ce nous semble, avoir recours à l'art. 68-5° de la loi municipale. Ce texte en effet pose la règle générale relative aux pouvoirs de l'autorité municipale en matière de désaffectation et il faut y recourir dans tous les cas qui ne sont pas l'objet d'une exception formelle. On aurait alors décidé que la désaffectation exigeait l'approbation du préfet.

Ce n'est pas cette solution que le Conseil d'État a admise; il a décidé « que le gouvernement est seul compétent pour prononcer la désaffectation d'un édifice religieux et qu'il n'appartient qu'à lui de statuer sur les difficultés nées du désaccord existant entre les services intéressés. » Cette décision se recommande par son utilité pratique : il serait en effet mauvais que l'autorité civile ne pût pas, quand un grand intérêt public est en jeu, faire disparaître l'obstacle qui résulterait de la destination de l'église ; d'autre part l'autorité municipale n'offre peut-être pas toutes les garanties désirables pour qu'on lui laisse le droit de prendre la décision définitive; le préfet lui-même pourrait être entraîné par des considérations de politique locale; l'administration centrale est bien mieux placée pour tenir compte de tous les intérêts engagés dans la question et pour les sauvegarder dans la mesure

Digitized by Google

raisonnable. Au point de vue théorique voici comment on pourrait argumenter. Il est certainement contraire à l'esprit de la loi qu'un conseil municipal puisse, avec la seule approbation du préfet, ordonner la désaffectation d'une église; en effet la désaffectation des parties superflues d'un presbytère exige d'après l'ordonnance du 3 mars 1825 l'intervention du gouvernement au cas de désaccord entre le préfet et l'évêque; or la désaffectation d'une église lèse bien autrement les intérêts religieux que ne pourrait le faire l'abandon des parties inutiles d'un presbytère, il faut donc accorder à l'autorité religieuse pour la première catégories d'actes des garanties au moins égales à celle que la législation lui assure pour la deuxième catégorie. Le texte de la loi municipale ne contrarie pas cette conclusion; il s'agit seulement de bien comprendre l'art. 167. Il soustrait en réalité à la règle de l'art. 68-5° tous les immeubles consacrés au culte; il constitue une sorte de législation spéciale pour toutes les affectations en matière de culte et par suite il écarte implicitement du nombre des immeubles dont les conseils municipaux peuvent prononcer la désaffectation avec la seule autorisation du préfet, ceux auxquels s'est appliquée la loi de germinal; et comme il n'existe pour ces derniers aucun autre texte auquel on puisse les soumettre, il faut recourir aux principes généraux. Or par le Concordat (art. 12) le gouvernement a pris l'engagement de laisser au service du culte les églises non aliénées; cet engagement ne s'oppose pas à ce qu'un édifice primitivement désigné pour être consacré au culte soit désaffecté et remplacé par un autre, mais au moins faut-il exiger pour ce changement de destination l'intervention du gouvernement; les autorités locales ne doivent pas pouvoir faire obstacle à l'exécution d'un traité régulier et empêcher l'administration centrale de remplir les obligations que ce traité lui impose.

M. le commissaire du gouvernement Marguerie, dans ses conclusions, arrive au même but, par une voie toute différente, que nous croyons moins sûre. Il écarte l'autorité municipale par cette considération : que n'ayant pas créé l'affectation, elle est sans pouvoir pour la faire cesser. Ne pourrait-on pas répondre ce que nous disions plus haut, à savoir : que la commune étant désormais l'ayant-cause de l'Etat devrait succéder à tous les droits

Digitized by Google

de son auteur? M. Marguerie ajoute qu'en réalité ce n'est pas la loi de germinal qui avait affecté l'église Saint-Martin au service du culte, mais un acte postérieur du gouvernement, de telle sorte que créée par un acte du pouvoir exécutif, l'affectation pouvait être détruite par un acte de même nature. Là encore on voit l'objection. Sans doute la loi de germinal n'avait pas désigné par son nom l'église Saint-Martin pour en ordonner la remise à l'autorité religieuse, mais elle avait posé la règle en vertu de laquelle la restitution a eu lieu. C'est donc bien en elle que se trouve le fondement du droit invoqué par l'autorité religieuse, la désignation faite par le préfet n'ayant été qu'un acte d'exécution.

3. *Désaffectation des presbytères.* — La question de savoir quelle était l'autorité compétente pour prononcer la désaffectation s'est élevée aussi en matière de presbytères, mais dans des conditions un peu différentes. Nous relevons en effet en 1889 deux arrêts du Conseil d'Etat qui statuent dans des hypothèses où des communes avaient affecté leurs propres immeubles au service de presbytères, de sorte que la question de la perpétuité de l'affectation ne se présentait plus. Il est incontestable en effet que quand l'affectation est l'œuvre d'une personne ou d'une administration qui emploie les biens qui lui appartiennent à l'usage qui lui plaît, aucune obligation ne peut naître à sa charge tendant au maintien ou à la continuation de cette affectation. Un propriétaire fait de ses biens ce qu'il veut et il en change la destination d'après sa volonté. Pour les presbytères pourtant ce changement de destination est soumis à quelques conditions. Il résulte en effet de la combinaison de l'ordonnance du 3 mars 1825 avec le décret du 25 mars 1852 que la désaffectation des parties superflues d'un presbytère doit être approuvée par le préfet lorsque l'évêque l'accepte, et qu'en cas d'opposition de ce dernier un décret devient nécessaire. Ces textes ne s'occupant pas d'une désaffectation totale, que devrons-nous décider pour elle? Il est évident qu'il faut exiger des garanties au moins égales que pour une désaffectation partielle; donc nous écarterons l'art. 68-5° de la loi municipale de 1884 qui permettrait de désaffecter la totalité avec le seul consentement du préfet, même en cas d'opposition de l'évêque. Sur ce point l'accord est unanime, mais on discute pour savoir si

Digitized by Google

les conditions exigées pour la désaffectation partielle suffisent pour la désaffectation totale, ou s'il faut pour cette dernière quelque chose de plus. En faveur de cette dernière opinion on peut présenter des considérations de grand poids. L'ordonnance de 1825 et le décret de 1852 en réalité ne statuent que sur la désaffectation des parties superflues d'un presbytère, c'est-à-dire sur une décision qui ne peut pas causer un grand dommage aux intérêts religieux puisqu'elle n'enlève au ministre du culte que ce qui lui est inutile; la situation est toute différente quand il s'agit d'un changement complet d'habitation; on ne peut donc rien conclure du premier cas au deuxième, ou plutôt on doit croire que puisque les circonstances du premier cas sont définies d'une manière si précise par les textes, c'est que cette définition a une utilité et que par suite, en dehors des circonstances indiquées, on ne peut plus faire ce que le texte permet. Quelle formalité sera donc nécessaire pour une désaffectation totale? Quelques-uns ont voulu exiger le consentement de l'évêque; en l'absence de ce consentement l'opération deviendrait absolument irréalisable. Mais le Conseil d'Etat a rejeté ce système; l'arrêt du 15 février 1889[1] reconnaît la validité d'une désaffectation totale prononcée par décret malgré l'opposition de l'autorité religieuse. Aucun texte en effet n'exige ce consentement comme une condition indispensable; cette exigence est même contraire aux principes généraux de notre droit public qui n'admet pas que l'autorité civile puisse être tenue en échec par l'autorité religieuse. Nous avons vu plus haut que la désaffectation d'une église est possible sans le consentement de l'évêque, *a fortiori* doit-il en être de même pour la désaffectation d'un presbytère.

Un décret pourra donc toujours prononcer la désaffectation totale; mais en faudra-t-il un, même si le préfet et l'évêque sont d'accord pour accepter le nouveau presbytère? Le Conseil d'Etat a décidé, dans son arrêt du 9 août 1889[2], que dans ce cas l'autorisation préfectorale suffit pour régulariser l'opération. En 1836 la ville de Toulouse avait acquis d'un particulier la collégiale de Saint-Raymond, édifice du XVe siècle, d'un très grand intérêt

[1] *Revue générale d'admin.*, mars 1889, p. 318.

[2] *Revue générale d'admin*, juillet 1890, p. 317.

Digitized by Google

artistique, qui avait été laïcisé pendant la Révolution. Comme ce monument fait corps avec l'église Saint-Sernin, dont il n'est pour ainsi dire qu'un accessoire, l'autorité municipale décida d'y transporter le presbytère de cette paroisse qui se trouvait alors dans une maison particulière, le préfet approuva la décision du conseil municipal et l'autorité religieuse accepta le changement qui ne fut cependant réalisé qu'en 1866. En 1884 l'autorité municipale voulut reprendre possession de la collégiale ; le conseil municipal vota la désaffectation de ce monument, puis, après l'approbation du préfet, le maire de Toulouse prit un arrêté mettant le curé de Saint-Sernin en demeure d'abandonner la collégiale pour aller reprendre son ancienne habitation d'avant 1866. Mais l'évêque s'opposa à ce changement et il se pourvut en Conseil d'Etat contre les délibérations du conseil municipal et les arrêtés du maire. Celui-ci soutint, au nom de la commune, que la collégiale n'avait jamais eu le caractère légal de presbytère, car le changement fait en 1866 n'avait pas été régulier, l'ancien presbytère n'ayant jamais été juridiquement désaffecté était resté le presbytère légal et la municipalité avait en conséquence le droit d'exiger que l'autorité religieuse occupât cet immeuble et évacuât la collégiale. Mais le Conseil d'Etat jugea que les décisions municipales d'avant 1866 approuvées par l'évêque et le préfet constituaient une désaffectation régulière de l'ancien presbytère et une affectation légale de la collégiale et que pour désaffecter cette dernière il fallait maintenant un décret, à raison de l'opposition de l'évêque.

V. — *Compétence du juge des référés.*

On a discuté autrefois la question de savoir si le juge des référés était compétent pour les matières administratives. L'affirmative se fondait sur les termes très larges de l'art. 806 du Code de procédure civile : « Dans tous les cas d'urgence ou lorsqu'il s'agira de statuer provisoirement sur les difficultés relatives à l'exécution d'un titre exécutoire ou d'un jugement, il sera procédé.... » Le texte ne distingue donc pas entre les affaires judiciaires et les affaires administratives, dans tous les cas le référé est possible. Mais cette doctrine n'a pas triomphé ; on a fait remarquer avec raison qu'il n'y avait aucun motif pour ne pas appli-

Digitized by Google

quer à la juridiction des référés le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs. Pas plus que les autres magistrats de l'ordre judiciaire, le juge des référés ne doit avoir le droit de s'immiscer dans les actes de l'autorité administrative. Ces considérations ont prévalu depuis longtemps et il est admis à peu près unanimement aujourd'hui que le juge des référés ne peut avoir compétence que dans les affaires dont le fond appartient au contentieux judiciaire. Mais le principe n'est pas toujours commode à appliquer; nous allons le montrer par les exemples que nous fournissent les arrêts de l'année.

1. *Local affecté à une école communale.* — C'est une matière qui a donné lieu à de nombreux litiges à la suite de la transformation des écoles congréganistes en écoles laïques. Il arrivait souvent que les instituteurs congréganistes prétendaient avoir sur le local de l'école un droit propre qu'ils rattachaient tantôt à un contrat conclu avec la commune, tantôt à une libéralité faite par un tiers en leur faveur; ils demandaient en conséquence au juge des référés de les maintenir en possession des bâtiments de l'école; mais la commune invoquait le droit appartenant à la puissance publique de transformer le régime de l'enseignement. Les décisions rendues sur ces prétentions contraires ne sont pas toujours en parfaite harmonie les unes avec les autres, comme on va en juger.

Une hypothèse très simple est celle de l'arrêt du Tribunal des Conflits du 5 janvier 1889[1]. La fabrique de l'église Saint-Thomas à la Flèche avait concédé à la ville la jouissance d'un immeuble dont elle était propriétaire, sous la condition que cette maison serait affectée à une école dirigée par les frères des écoles chrétiennes. Il était dit formellement dans la concession qu'en cas de suppression ou de dissolution de cette école la fabrique reprendrait de plein droit la jouissance de sa maison. La condition prévue se réalisa en 1888; le conseil départemental supprima l'école de garçons et le conseil municipal vota l'installation d'une école de filles dans les bâtiments de l'ancienne école congréganiste. Le trésorier de la fabrique s'adressa alors au juge des référés pour obtenir soit la reprise de possession immédiate par la

[1] *Rec. des arrêts du Cons. d'État*, 1889, p. 29.

Digitized by Google

fabrique, soit tout au moins la mise sous séquestre de l'immeuble. L'affaire fut renvoyée en état de référé devant le tribunal qui se déclara compétent; le préfet éleva alors le conflit. Son arrêté est annulé par ce motif que la question est toute entière judiciaire et ne contient aucun élément administratif. Il s'agit en effet d'interpréter des contrats privés, aucun acte administratif n'est en jeu. Le trésorier, d'ailleurs, ne conteste en rien les décisions qui ont supprimé l'école congréganiste; il se borne à protester contre l'usage que la commune veut faire d'une maison sur laquelle elle n'a aucun droit.

Le même Tribunal des Conflits a rendu, le 13 août 1889[1], un arrêt tout à fait contraire à celui que nous venons d'analyser. Les frères des écoles chrétiennes avaient à Noyon un établissement scolaire dans un bâtiment qui leur avait été affecté par donation. Le directeur congréganiste fut révoqué par un arrêté préfectoral qui confia à un instituteur laïque la direction de l'école communale, à la suite de cet arrêté le maire de Noyon installa le directeur laïque dans le bâtiment occupé auparavant par l'école congréganiste. Le supérieur général de l'institut des frères se pourvut en référé, demandant à être maintenu en possession d'une maison qu'il prétendait appartenir à la congrégation. Le juge des référés ayant admis sa compétence, le conflit fut élevé et le tribunal le confirma. Le motif de cette confirmation est que l'arrêté préfectoral nommant le directeur laïque constitue un acte administratif; or le maintien en possession provisoire et la continuation de l'occupation par les frères de la maison d'école, à l'encontre du nouvel instituteur, auraient pour conséquence d'entraver le service public et d'empêcher l'exécution de l'arrêté du préfet; il ne saurait par suite appartenir au juge des référés de retenir la connaissance d'une demande tendant à empêcher les effets et à suspendre l'exécution de l'arrêté précité. Ce raisonnement nous paraît hors de propos, car le représentant de l'institut des frères ne protestait nullement contre l'arrêté préfectoral et ne demandait en aucune façon qu'on en suspendît l'exécution; il ne prétendait qu'une seule chose, c'est qu'on le maintînt en possession d'une maison dont il revendiquait la propriété pour son institut. S'il

[1] *Rev. générale d'admin.*, août 1889, p. 428.

Digitized by Google

avait plu au maire d'installer le nouvel instituteur dans la maison d'un particulier, aurait-il fallu aussi que le juge des référés se déclarât incompétent sous le prétexte que la réclamation du propriétaire faisait obstacle à l'exécution d'un acte administratif? Nous ne croyons pas qu'on ose aller jusque-là ; la situation pourtant serait identique. Mais, dira-t-on peut-être, le local désigné par le maire était le local usuel de l'école publique, car c'étaient les frères qui avaient été jusqu'alors les instituteurs communaux, le maire avait donc le droit de maintenir cette affectation jusqu'à la décision contraire de l'autorité compétente. Nous répondons que c'est là une question toute différente et qu'il ne s'agit plus alors de l'exécution d'un acte du préfet, mais d'une décision de l'autorité municipale. Et nous avons vu avec l'arrêt précédent que les tribunaux judiciaires sont compétents pour apprécier même provisoirement et par voie de référé les droits qu'une commune prétend avoir sur un local.

Ce qui est étrange d'ailleurs, c'est que le Tribunal des Conflits accorde au tribunal civil tout entier la compétence qu'il refuse au président jugeant en référé ; et ces solutions différentes ayant été admises à propos de la même affaire, on n'a pas pour les expliquer la ressource de recourir à des considérations tirées de la variété des faits. On avait donné à la ville d'Alais un terrain et une somme d'argent pour construire une maison d'école dont la direction devait appartenir aux frères des écoles chrétiennes et ceux-ci avaient été en effet mis en possession du bâtiment. Ils l'occupaient depuis 58 ans lorsque le préfet du Gard laïcisa les écoles publiques de la ville d'Alais et l'autorité municipale installa l'instituteur laïque dans le local jusque-là affecté à l'école Congréganiste. Les frères se pourvoient en référé ; le préfet élève le conflit et le Tribunal des Conflits lui donne gain de cause (arrêt du 14 janvier 1880)[1]. Les frères s'adressent alors au tribunal civil d'arrondissement et cette fois le Tribunal des Conflits annule l'arrêté de conflit qu'avait encore pris le préfet (arrêt du 26 mars 1881)[2]. Les considérants de ce deuxième arrêt sont précisément ceux que nous avons donnés plus haut en faveur

[1] Dall. 80. 3. 94.

[2] Dall. 82. 3. 60.

Digitized by Google

de la compétence du juge des référés. Le Tribunal déclare en effet « que l'affectation d'un immeuble au service scolaire n'a pas pour résultat de le soustraire aux règles du droit commun et notamment de faire obstacle à l'action en revendication dont il peut être l'objet..... qu'au cas où la jouissance de l'immeuble serait enlevée temporairement ou même définitivement à la ville par une décision judiciaire, il en résulterait seulement pour ladite ville l'obligation d'affecter un autre local au logement de l'instituteur et à la tenue de l'école..... que par conséquent il n'y a rien là d'inconciliable avec les arrêtés préfectoraux qui ont remplacé les instituteurs congréganistes par un instituteur laïque.... » Nous trouvons ce raisonnement irréfutable, mais nous ne comprenons pas bien comment le Tribunal des Conflits qui en admet l'exactitude relativement aux tribunaux civils d'arrondissement, le rejette quand il s'agit du juge des référés.

Dans l'état de la jurisprudence, et elle paraît bien établie puisqu'on voit que l'arrêt du 5 janvier 1889 reproduit le système de celui du 14 janvier 1880, il faut donc dire que le juge des référés a, en présence d'un acte administratif, une compétence moins étendue que les autres tribunaux judiciaires. Cela est d'autant plus inexplicable que ce juge ne pouvant prendre que des décisions provisoires, ses empiètements sur le domaine administratif étaient bien moins dangereux.

2. *Travaux publics.* — Un vignoble ayant été inondé, le propriétaire prétendit que le dommage provenait de la construction d'un acqueduc communal situé dans le voisinage ; il introduisit un référé devant le président du tribunal de Sartène pour obtenir la nomination de trois experts qui seraient chargés d'évaluer provisoirement le dommage. Le président fit droit à la demande : mais le conflit fut élevé par le préfet et le Tribunal des Conflits annula l'ordonnance de référé par arrêt du 23 janvier 1888 [1].

Le président du tribunal s'était appuyé sur deux motifs. Il avait affirmé d'abord que la matière n'était pas administrative en se fondant sur ce que l'art. 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII n'attribue compétence aux conseils de préfecture en matière de dommage que quand la faute est imputable aux entrepreneurs,

[1] *Rec. des arrêts du Cons. d'État*, 1888, p. 78.

Digitized by Google

tandis que dans notre hypothèse l'action était dirigée contre l'administration elle-même. On sait que se système est condamné depuis longtemps par la jurisprudence et par la doctrine : c'est une question qu'on ne discute plus ; aussi est-il inutile d'y revenir.

Le deuxième motif invoqué était que le juge des référés devait être compétent même en matière administrative puisque, la juridiction administrative n'offrait rien de semblable à la procédure des référés et que cette procédure était cependant nécessaire dans certaines circonstances. Le Tribunal des Conflits ne s'est pas laissé convaincre par ce raisonnement un peu fantaisiste ; nous ferons remarquer en passant qu'il n'y aurait plus aujourd'hui le moindre prétexte pour le reproduire, au moins dans les hypothèses semblables à celles que nous examinons ; car l'art. 25 de la loi du 22 juillet 1889, sur la procédure à suivre devant les conseils de préfecture, permet précisément aux présidents de ces conseils de désigner, en cas d'urgence, des experts pour constater des faits qui seraient de nature à motiver une réclamation ultérieure. En repoussant ce système adopté par le juge des référés, le Tribunal des Conflits a inséré dans son arrêt un motif dont la rédaction n'est pas très exacte. « Considérant que le juge des référés n'est compétent pour statuer par provision que dans les matières où le tribunal, dont il fait partie, serait compétent lui-même pour statuer sur le principal et au fond. » Cette formule laisserait croire que le juge des référés ne peut exercer sa juridiction dans les affaires dont la connaissance au fond appartiendrait aux tribunaux de commerce ou aux Cours d'appel. Ce n'est certainement pas ce que le Tribunal des Conflits a voulu dire, car ce n'est pas exact et en outre c'est une question dont il n'aurait pas eu à connaître, puisque c'est une question de conflit de juridiction. La véritable formule est celle-ci : le juge des référés ne peut prendre de décision que dans les cas où la compétence au fond appartiendrait aux tribunaux judiciaires.

3. *Elargissement d'un chemin vicinal.* — La Commission départementale de l'Hérault avait voté l'élargissement d'un chemin vicinal et parmi les parcelles désignées comme devant faire partie désormais de la route se trouvait un terrain bâti. L'admi-

Digitized by Google

nistration s'en empara sans avoir accompli les formalités de l'expropriation. Malheureusement le propriétaire avait laissé passer le délai pour se pourvoir en Conseil d'État contre la décision de la Commission départementale, il eut alors recours aux tribunaux judiciaires et introduisit un référé pour qu'il fût fait défense à l'administration d'occuper son terrain avant l'expropriation. Le juge de première instance admit sa réclamation; mais en appel la Cour de Montpellier, dans un arrêt du 20 juin 1887[1], décida que l'autorité judiciaire était incompétente. Les motifs qu'elle donne sont loin de nous convaincre.

Il en est un tout d'abord dont nous ne comprenons pas bien la portée; la Cour déclare que le propriétaire aurait dû réclamer dans les délais fixés par l'art. 88 de la loi du 10 août 1871 et que ce recours n'ayant pas été formé « la décision de la Commission départementale constitue désormais la chose souverainement jugée par l'autorité administrative compétente et a acquis force obligatoire. » Si cela veut dire seulement qu'après l'expiration des délais les recours administratifs ne sont plus possibles, nous approuvons absolument; mais cela est complétement inutile pour la question de compétence que nous examinons. Si au contraire la proposition de la Cour signifie autre chose, nous ne voyons pas bien ce que ce peut être. L'expression de *chose jugée* est en tout cas inexacte, car l'acte de la Commission départementale n'est pas un jugement; ces commissions administrent, elles ne jugent pas; ce ne sont pas des tribunaux. Leurs décisions même après l'expiration des délais pour le recours, ont si peu l'autorité de la chose jugée qu'elles peuvent les réformer, les modifier, les rapporter, soit d'office soit sur des réclamations irrégulières en la forme, s'il leur plaît d'en tenir compte.

La Cour pose en principe que les décisions de la commission attribuent de plein droit au chemin la propriété des parcelles englobées par le nouveau plan de la route. Or, ajoute-t-elle, ces décisions sont des actes administratifs et il n'appartient pas à un tribunal judiciaire d'en arrêter l'exécution. S'il s'agissait d'un terrain non bâti, le raisonnement serait parfait, mais nous rappelons que la réclamation est formée par le propriétaire d'un terrain

[1] Dall. 88. 2. 303.

Digitized by Google

bâti et que la loi du 8 juin 1864, art. 2, décide que quand l'élargissement doit se faire sur un terrain bâti « l'expropriation a lieu conformément aux dispositions de la loi du 3 mai 1841 combinées avec celles des cinq derniers paragraphes de l'art. 13 de la loi du 21 mai 1836. » Nous savons d'ailleurs comment a lieu l'expropriation d'après la loi de 1841 ; l'art. 14 de cette loi déclare nettement que le transfert de propriété est opéré par un jugement. Donc puisque cette règle s'applique à l'élargissement sur les terrains bâtis, il ne faut plus dire de ces terrains qu'ils sont incorporés de plein droit par la décision de la Commission départementale ; il faut pour leur incorporation exiger un jugement d'expropriation. Nous ajoutons qu'alors même qu'on ferait difficulté d'admettre ce raisonnement, on ne pourrait pas tout au moins refuser au propriétaire du terrain bâti le droit d'invoquer l'art. 53 de la loi de 1841 ; il aurait donc la faculté d'exiger « que les indemnités réglées par le jury soient, préalablement à la prise de possession, acquittées entre ses mains. » Et pour l'exercice de ce droit il pourrait certainement avoir recours à la protection des tribunaux judiciaires, mais ne croyons pas que cela ait été jamais contesté. Mais, objecte la Cour, vous allez donc permettre à un tribunal judiciaire de mettre obstacle à l'exécution d'un acte administratif. Sans doute, nous c'est la loi elle-même qui le permet. La loi de 1841 donne à l'autorité judiciaire l'autorisation formelle de contrôler les actes de l'autorité administrative qui préparent ou qui réalisent une expropriation.

BRÉMOND.

DE LA PROPRIÉTÉ ET DES SERVITUDES RURALES D'APRÈS LA LOI DE 1791,

(*Suite* [1])

par M. Ferdinand Jacquas, docteur en droit,
ancien président du Tribunal d'Avignon, correspondant de l'Académie de législation de Toulouse.

31. Nous avons dit que parmi les coutumes qui, fidèles au droit écrit, n'admettaient la vaine pâture qu'à titre de tolérance, il faut classer celles qui n'en parlaient pas du tout et à plus forte raison celles qui la prohibaient, comme Bordeaux et Saint-Sever, bien qu'a-

[1] Voir *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1889, tome XIX, nouvelle série, pages 492 et 549.

Digitized by Google

près elles continssent quelques prescriptions sur les pâturages. On se consolait de ces sujétions un peu gênantes, en songeant qu'on pouvait s'y soustraire par un simple acte de sa volonté, au moyen de signes convenus et sans être obligé de recourir à la clôture.

Au pôle diamétralement opposé nous trouvons bon nombre de coutumes un peu dans toutes les directions, mais surtout dans le nord, qui érigeaient le vain pâturage en servitude générale et de droit commun. Elles englobaient tout le territoire de la circonscription, et une fois bien et dûment établies, elles étaient d'autant plus onéreuses qu'on ne trouvait aucune issue, la clôture n'étant pas admise pour s'y soustraire[1].

Un autre groupe moins sévère consacre l'existence de la servitude, mais permet aux propriétaires de s'y soustraire en enclôsant leurs héritages[2]

Certaines coutumes formaient une classe intermédiaire, touchant par plus d'un côté aux types extrêmes. En admettant la vaine pâture sans lui assigner une base précise et bien déterminée, elles instituaient une servitude imparfaite qui, à raison du vague dont elle était empreinte, aboutissait visiblement à la tolérance et devait, comme dans le midi, être surtout gouvernée par les usages locaux. Voilà bien la servitude vulgaire que Fréminville déclarait de droit commun[3]. Elle ne portait que sur les jachères et terres de plein repos, le propriétaire restant libre d'exploiter comme il l'entendait et de varier ses cultures à son gré. Il pouvait enfin s'exonérer de cette charge par des signes convenus, ou en d'autres termes par une clôture idéale. Avec de pareilles restrictions, il était naturel que le consentement du propriétaire fut présumé, car comme le dit encore Dunod : « ce vain pâturage n'acquiert point de droit et ne donne pas lieu à la prescription. » Les parlements de Paris, de Dijon et de Besançon, étaient souvent appelés à faire l'application de ce principe, ainsi que nous l'atteste Merlin dans son répertoire, v° *Vaine pâture*.

[1] V. les coutumes de Sedan, art. 302-3. de Boulonnais, art. 131-32. Montargis, chap. 4, art. 1, 2, 3. Nevers, chap. XIV, art. 1. Vitry, art. 223, etc.

[2] *Sic*. Normandie, art. 81-83. Auxerre, art. 261. Sens, art. 147. Melun, art. 302, etc.

[3] V. Bretagne, art. 393. Orléans, art. 255. Blois, art. 214.

Digitized by Google

Si ces garanties sont aujourd'hui très suffisantes, ces servitudes ne pouvant plus être acquises sans titre, il n'en était pas de même dans les anciennes coutumes qui les admettaient au bénéfice de la prescription trentenaires. Dans ces conditions, une interversion servait de base à une possession utile ; c'est ce qui ressort de la coutume de Lorraine (tit. XIV, art. 23) qui, après avoir posé le principe et rappelé le droit du propriétaire, ajoute immédiatement : « Si ce n'est qu'il conste de titre ou que depuis la contradiction du seigneur (propriétaire), il n'y ait eu prescription de 30 ans. » Par ce côté, on aboutissait plus vite que par la possession immémoriale, contre laquelle devaient également se prémunir ceux qui voulaient efficacement sauvegarder leurs droits de propriété. Sous ce régime, la simple prudence commandait de mettre successivement et à des intervalles peu éloignés, tous ses immeubles en défends, afin de se garantir contre toutes les éventualités.

On voit par là combien de difficultés, aujourd'hui encore, on rencontre sur ses pas lorsqu'on veut se faire une idée exacte de la vaine et morte pâture ; et comment il advient que sur certaines parties de notre sol, elle n'existe plus qu'à l'état de souvenir. Les anciens usages, en principe respectés par la loi rurale, imposent une tâche fort délicate, qui consiste à préciser leur influence relative et à tracer les limites dans lesquelles on doit respectivement les circonscrire.

32. La vaine pâture dérive de causes multiples, d'un titre particulier, des lois et contumes, ou bien d'un usage local immémorial ; tel est du moins le bilan du passé dressé par la loi rurale (art. 3, sect. IV), tandis que d'après notre législation moderne ces servitudes, à l'avenir, ne pourront plus reposer que sur un titre. L'usage immémorial a la même force que la loi ; il se manifeste par une possession qui se perd, en quelque sorte, dans la nuit des temps, et qui dépasse dans tous les cas les plus lointains souvenirs. De ces deux éléments réunis découle la servitude coutumière et municipale dont le poids est plus ou moins lourd suivant les distinctions précédemment établies. Uniquement étayée sur la volonté du législateur, elle reste à son entière discrétion et peut disparaître par l'effet d'une volonté

Digitized by Google

contraire clairement exprimée. Il en serait autrement si nous nous trouvions en face d'un titre provenant de l'initiative individuelle. Une concession de cette nature constitue une aliénation perpétuelle et en principe irrévocable de la liberté du fonds. Cette modalité qui échappe à l'action législative s'adapte à tous les systèmes et opère dans les pays de droit écrit comme dans ceux de coutume.

Quant aux procédés constitutifs, il est, pour le moment, superflu de s'en occuper. Que la concession s'effectue exclusivement entre particuliers, qu'elle émane d'un seigneur vis-à-vis d'individualités isolées, ou d'une agglomération plus ou moins étendue; que des paroisses ou des communes stipulent des servitudes réelles dans leur intérêt respectif, ou au profit de leurs habitants, ou même qu'elles s'obligent vis-à-vis de certains d'entre eux; peu importe, ces combinaisons qui peuvent varier à l'infini tendent toujours vers le même but. C'est à l'acte constitutif qu'on doit se référer pour apprécier la portée de la concession, sa nature personnelle ou réelle et les objets divers sur lesquels elle est appelée à fonctionner. En présences des indications qui précèdent, elle n'aurait qu'une faible valeur si elle ne s'appliquait qu'aux objets soumis par la loi à la vaine pâture. Les choses changent du moment où l'on s'écarte de ce cercle étroit, pour toucher plus ou moins à la vive et grasse pâture, ou bien si l'on procède dans des localités qui ne conféraient à ces usages que la valeur d'un acte de tolérance. Ces extensions sont d'autant plus précieuses que le titre garantit l'intérêt privé avec plus d'efficacité que les simples usages, et ce en vertu de la vieille maxime *convenance vainc loi.*

Si la convention est obscure, si elle ne spécifie pas suffisamment l'espèce de pâture octroyée, on suppose que c'est du vain pâturage qu'il s'agit et on revient par ce côté au droit commun; le titre est alors régi par les anciens usages et les restrictions que la loi de 1791 a cru devoir édicter.

33. Les nombreux objets sur lesquels cette servitude s'exerce nous étant parfaitement connus, il suffira de nous arrêter un instant sur certains d'entre eux qui réclament quelques courtes observations.

Digitized by Google

1° *Les guérets*, jachères et autres terres cultivées sont ouvertes aux compascuités du moment où la récolte a été enlevée, en respectant toutefois le délai imparti aux glaneurs, alors assez généralement renfermé entre un et trois jours, et que la loi de 1791 (tit. II, art. 22) a uniformément fixé à deux jours. A la fin de l'été il ne reste en dehors que les propriétés soustraites à cette servitude, ou celles mises en défends pour un motif quelconque. Citons notamment les vignes, vergers, jardins fruitiers et les terres situées dans les faubourgs qui sont astreintes à la clôture. Les trèfles, luzernes et sainfoins, qui n'ont fait leur apparition parmi nous que dans le courant du siècle dernier, étaient abandonnés à l'arbitraire des tribunaux. Le parlement de Paris qui pressentait leur importance agricole les exonérait du vain pâturage par son arrêt du 22 août 1778, alors que dans d'autres localités on les assimilait aux prairies ordinaires et on les livrait plus ou moins rapidement à la dépaissance commune. Tel était l'usage dans le Dourdan, ainsi qu'il appert d'un arrêt de la Cour de cassation du 4 juillet 1817 rapporté par Fournel dans son traité du voisinage au mot parcours (p. 371). La loi moderne (art. 9) confirme la jurisprudence du parlement de Paris, en même temps qu'elle élargit (art. 24, tit. II) le cercle des objets soustraits au vain pâturage.

2° *Les prairies* sont divisées en deux catégories, celles qui ne donnent qu'une herbe; et les prairies ou prés de revivre ou regain qui en produisent jusqu'à trois. La dépaissance sur les prairies ordinaires s'ouvre après l'enlèvement de la récolte; pour ce motif les prés de revivre ne devraient subir le même sort qu'à la suite de la dernière coupe. Mais les coutumes, sous ce rapport, ne sont pas uniformes, et malgré la grande autorité de Dumoulin, qui voulait éloigner le plus possible l'exercice de ce droit exorbitant, nombre d'entr'elles livraient toutes les prairies aux compascuités après l'enlèvement des premières herbes; d'autres réservaient la seconde, d'autres enfin fixaient d'une manière uniforme l'ouverture du vain pâturage à Saint-Remy, soit au 1er octobre, pour prendre fin au moment où la végétation recommence, c'est-à-dire aux environs de l'équinoxe du printemps[1]. La

[1] Voir notamment coutume d'Auxerre, art. 263, de Melun, art. 304, d'Orléans, art. 147, de Dourdan, art. 91.

Digitized by Google

loi rurale n'a pas eu le courage de trancher le débat (art. 10); *provisoirement* elle a maintenu cet état de chose, sans tenir compte des progrès de la culture, ni des saines notions de l'agronomie.

3° *Les friches*, les landes ainsi que les terres hermes vaines et vagues ne sont défensables en aucune saison, d'où il faut conclure que les paissons peuvent s'y produire en tous temps sans autres restrictions que celles qui découlent des règlements locaux, des titres, et des mises en défense spéciales ou générales qui visent le plus souvent les pâturages communaux.

34. *Les bois et forêts* forment un groupe à part qui ne cadre guère avec les idées de tolérance et de tacite association. Ces propriétés sont en général vastes, d'accès facile et sans équivalence dans le parcellaire local; les situations sont trop dissemblables pour être identifiées et la communion des pâturages n'a plus ni base ni raison d'être. En principe donc les servitudes forestières telles que panage, pacage, affouage, bûcherage, n'existent qu'à la faveur d'un titre qui les constitue et en détermine l'assiette. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait trouver dans une loi générale ou des coutumes locales une disposition claire et précise dont on fût en mesure de se prévaloir.

Les concessions de cette nature abondent et remontent fort loin, elles émanent principalement des rois, des grands feudataitaires et ensuite des seigneurs féodaux, presque toutes avaient la même cause, le désir naturel d'attirer et de concentrer autour du manoir féodal de nombreux colons qui, peu à peu, donnaient naissance à des communes plus ou moins florissantes. Ces concessions que le temps et les usages modifiaient progressivement finirent par prendre place dans les coutumes même les plus importantes, telles que celles de Bourgogne, de Nivernais, de Sedan, etc., et constituaient des servitudes que l'on assimilait au vain pâturage bien que l'identité fût loin d'être complète. Leur développement, dans beaucoup de localités, était tel que La Poix de Fréminville a pu dire, sans trop d'exagération, que cette *servitude s'étendait même sur les fonds du domaine général.*

Le même auteur (t. 3, p. 21) signale les mesures prises pour arrêter les excès de la dépaissance; les taillis plus particulièrement menacés sont, de vieille date, l'objet d'une protection spé-

Digitized by Google

ciale. Une ordonnance qui figure dans les *Etablissements de St-Louis* (chap. 150), défend sous peine de 60 sols d'amende, de mener bœufs ou vaches ès bois qui n'ont pas trois ans. Un siècle après, Charles V renouvelle la défense en portant à cinq ans le délai, que certaines coutumes élevaient jusqu'à sept. D'autres ordonnances, notamment celle de François Ier du mois de mars 1515, prescrivent « que nulle bête n'ira en taillis jusqu'au temps que les bois puissent se défendre des bêtes. »

Cette idée est la plus juste, la diversité de sol et de climat n'admettant pas une réglementation uniforme. La Poix qui cite les nombreuses coutumes classées dans ces différentes catégories approuve l'ordonnance de 1515 et conclut comme suit (p. 23) : « Voilà les règles et les conséquences établies, dans lesquelles il faut se renfermer, soit à l'égard de ceux qui ont des droits d'usage dans les bois, soit pour ceux qui sont eux-mêmes propriétaires, parce que cette partie est si précieuse qu'il n'est pas permis au propriétaire de contribuer à sa destruction, la conservation en étant de droit public. »

En somme donc, les usagers n'étaient pas libres de mener leurs troupeaux sur les points qu'il leur plaisait de choisir. Dans les forêts royales c'étaient les officiers de la couronne qui faisaient cette désignation ; ailleurs il fallait une entente avec le propriétaire ou ses agents, comme cela ressort de l'art. 205 de la coutume de Bar.

La loi moderne s'est inspirée de ces différentes données en leur accordant toute l'extension qu'elles comportent. La déclaration de défensabilité est aujourd'hui requise pour toutes les parcelles d'une forêt, quel que soit l'état de sa végétation ; tandis que anciennement cette formalité ne s'appliquait guère qu'aux taillis et autres frondaisons non suffisamment armées contre la dent des bestiaux. D'après l'art. 119 du Code forestier, c'est l'administration forestière qui l'a déclaré dans tous les cas, même à l'égard des bois possédés par les particuliers, pourvu qu'ils se trouvent sous l'autorité de cette administration. Elle est plus que personne en mesure d'apprécier la valeur respective de ces différents usages et d'attribuer au panage, au pacage et à la glandée la place qu'ils doivent naturellement occuper. En cette matière, si la défensabilité

Digitized by Google

n'est pas un signe certain de la délivrance, elle en est tout au moins le préliminaire normal et ordinaire. Ces paissons diverses étaient donc soumises à des modalités qui s'écartaient sensiblement du cercle dans lequel on renfermait la vaine pâture ordinaire; et les municipalités étaient, sous ce rapport, sans influence ni action, à moins que les immeubles dont s'agit ne fissent partie de leur domaine privé.

35. Il n'est pas hors de propos de nous demander quelle était, au point de vue de la vaine pâture, la situation faite aux seigneurs; nous pourrons de la sorte fournir quelques utiles explications qui sans cela seraient restées dans l'ombre. Comme toujours la question est complexe et varie suivant le sol sur lequel on se meut. Dans le midi où les traditions romaines avaient laissé une empreinte durable, leurs immunités, bien qu'elles fussent restreintes, n'en avaient pas moins une importance réelle. Le président Cappeau (t. I, p. 48), après avoir déclaré que les biens des seigneurs étaient, comme les autres, soumis à cette servitude, ajoute un peu plus loin (p. 74,) « que les règlements des pâturages donnaient au seigneur, indépendamment de la quotité proportionnée à ses possessions, une part égale à celle qui était assignée aux deux plus forts imposés et les places vacantes. »

Merlin dans son répertoire, au mot Vaine pâture (p. 411), signale d'après La Toulourbe, jurisconsulte provençal, un autre privilège qui n'était pas à dédaigner. « Ils ne sont soumis, dit-il, pour avoir fait paître leurs bestiaux dans les terres défensables d'autrui, qu'à payer le dommage et non la *peine du ban*, c'est-à-dire les amendes imposées soit par les délibérations des communautés, soit par les statuts. » Et il cite à l'appui plusieurs arrêts du parlement d'Aix dont le dernier est de 1740.

Les coutumes du nord, plus imprégnées des idées féodales, faisaient au seigneur la part du lion. Celle de Montargis (ch. 4, art. 1-2) ne soumettait au vain pâturage que les *terres tenues en roture*; d'autres, notamment celles de Normandie (art. 68), et de Bretagne (art. 395), en exonérèrent formellement les biens des seigneurs même non clos, au prétexte qu'ils étaient trop étendus et faciles à reconnaître. La coutume d'Orléans (art. 144), moins large, ne concédait cette faveur qu'aux *héritages tenus en fief*

Digitized by Google

et joignant le manoir, dont ils sont en quelque sorte le prolongement. S'ils sont séparés et non tenant au manoir, *ils suivent la nature des rotures, quant aux pâturages*, sauf aussi la faculté de se clôre qui ne leur était refusée qu'en présence de statuts locaux les laissant absolument sous l'empire du droit commun [1].

Les seigneurs qui, paraît-il, ne trouvaient pas leur lot suffisant s'efforçaient de l'élargir le plus possible. Tout d'abord ils réclamèrent la propriété des terres *gastes et incultes*, sises dans leur seigneurie. Cette prétention vivement combattue par Dumoulin et toute la Doctrine, fut également écartée par la jurisprudence qui déclara « que les biens incultes sont en propriété aux habitans et non aux seigneurs des lieux » ; sauf à ces derniers à en jouir comme les autres habitans (*La Poix*, t. III, p. 438). Éconduits de ce côté, ils se repliérent sur les rues, places et chemins grands ou petits, qu'ils revendiquaient à titre de hauts justiciers. Bien que les chemins appartinssent aux seigneurs obligés de les entretenir, et que la plupart de ces objets provinssent de leurs libéralités, il n'en est pas moins certain qu'ils étaient concédés pour l'utilité et la commodité des exploitations; ce qui comportait forcément, comme le dit Merlin, V° *Vaine pâture*, p. 411, le passage et le stationnement du bétail pour se rendre aux herbages. Cette revendication eut, en principe, le même sort; son triomphe sur certains points, en présence de titres plus précis, fit surgir une redevance appelée *Blairie*, à la faveur de laquelle tous les troupeaux ressortissant à la même justice pouvaient circuler sur les chemins et y pâturer en se rendant aux compascuités. Mais on devait éviter ceux enfruités des deux côtés, pour ne pas préjudicier aux récoltes (*La Poix*, p. 449).

Ces prérogatives exorbitantes étaient rigoureusement renfermées dans le cercle tracé par les actes. Elles n'autorisaient pas le seigneur haut justicier, au prétexte d'un prétendu domaine éminent, à concéder des permissions pour garder sur les fonds d'autrui, ou à prendre pour son compte de pareilles licences. Il ne pouvait procéder de la sorte que sur ses propres héritages, et s'il se permettait en temps défendu de pénétrer sur ceux d'autrui, dans les localités où les privilèges des seigneurs n'avaient

[1] *V. Pratique des Terriers*, t. 3, p. 435, 450, comp. p. 462.

Digitized by Google

pas cours, il s'exposait, *suivant les statuts et les usages de la province à être condamné à la peine du ban et dommages*, comme le dit expressement un arrêt du parlement d'Aix du 3 juin 1684 [1].

La nuit du 4 août 1789 mit un terme à toutes ces discussions en abolissant les droits féodaux. Les seigneurs supprimés, ce débat n'a plus qu'une valeur historique qui, toutefois, n'est pas dépourvue d'intérêt : d'une part il permet de déterminer avec plus de précision la nature et la portée de la morte et sèche pâture ; et d'autre part il fait ressortir les persistants efforts des juristes et des parlements pour restreindre et alléger le lourd fardeau des charges féodales.

36. Tous les animaux domestiques ne participaient pas également au bénéfice de la vaine pâture ; certaines catégories, dont il faut dire quelques mots, en étaient plus ou moins rigoureusement exclues.

1° *La race caprine* subissait l'arbitaire le plus lourd, on allait jusqu'à la proscrire d'une manière absolue ; en Languedoc, Guyenne et Dauphiné il était défendu d'en avoir chez soi le moindre spécimen à peine de 100 livres d'amende. La dent meurtrière de la chèvre, ses allures volages et capricieuses si souvent chantées par les poètes, en font un objet de terreur pour les cultures en général et pour les arbres en particulier. L'ordonnance forestière les exclut de tous les pâturages ; et si ailleurs on usait, à son égard, d'une certaine tolérance, ses écarts ne tardaient pas à provoquer de nouvelles sévérités, comme cela ressort de divers règlements et notamment de celui de l'intendant de Champagne [2] qui veut que ces animaux soient

[1]. V. *Pratique des Terriers*, loc. cit., p. 463. D'où il faut conclure que le parlement de province, comme la plupart des juridictions de cette nature, avait dans son ressort, des statuts ou coutumes favorables aux seigneurs et d'autres qui limitaient plus ou moins leurs prérogatives. Notons également que les seigneurs, ayant en général, dans leur circonscription la direction de la police et de la justice, ne devaient guère être l'objet de poursuite soit pour infraction au *Ban*, soit même en réparation du préjudice causé par leur bétail.

[2] Du 17 octobre 1733 rapporté par Fournel dans son *Traité du voisinage* au mot pâture, tom. 2, p. 423.

Digitized by Google

confinés dans les étables et cours, ou qu'on ne les sorte qu'attachés et conduits à la corde, sous peine d'amende et avec faculté pour la maréchaussée de les *tuer sur le champ*; et sans préjudice aussi de l'action en dommages-intérêts, compétant au propriétaire lésé.

2° *La race porcine* était un peu moins maltraitée. Si d'une manière générale on lui fermait l'accès des pâturages communs, à raison des dégâts qu'elle causait au sol et aux herbages par ses affouillements, on lui réservait dans les bois et forêts (ordonnance de 1669, titre VIII, art. 2), cette paisson spéciale dite panage ou glandée dont nous venons de parler. Les porcs devaient alors être conduits avec toutes les précautions requises pour ne causer aucun mal. S'ils s'égaraient dans les herbages voisins, il était permis, dans certaines localités, d'en tuer un sur le troupeau et même de l'emporter si la coutume (Arras, art. 42-43) permet de le *carneler*, c'est-à-dire le dépécer et en faire son profit. Parfois on allait plus loin, ils n'étaient tolérés qu'à la condition de les garder chez soi.

3° *Les oies* non plus n'étaient pas traitées avec faveur, leurs pieds et leur fiente nuisaient aux pâtures dont on tenait à les éloigner. Lorsqu'elles pénétraient sur le sol d'autrui, soit isolément, soit en troupeau, il était loisible d'en tuer une en la laissant sur place. Un arrêt de règlement du Parlement de Paris [1] veut que sur le champ de la vaine pâture, on leur assigne ainsi qu'aux dindes (et même aux moutons) un cantonnement spécial; si elles s'en écartent elles encourent saisie, amende et confiscation.

Toutes ces prohibitions sont frappées de caducité par la loi rurale (tit. 2, sect. IV, art. 1) qui permet à chacun d'avoir telle quantité et telle espèce de troupeau qu'il croit utile à la culture et à l'exploitation de ses terres, et de les y faire pâturer exclusivement, sous la réserve de ce qui a trait à la vaine pâture. L'antique rigorisme est difficile à comprendre en présence d'une législation qui déclarait le maître responsable des écarts commis par ses bestiaux. Ce principe une fois posé, on aurait dû s'en

[1] Du 30 novembre 1785 rapporté dans Henrion de Pansey, *biens communaux*, p. 373.

Digitized by Google

remettre à l'intérêt privé et à l'initiative individuelle, d'autant que les compascuités étaient alors, comme aujourd'hui, régies par des règlements spéciaux, qui subsistent tant qu'ils ne sont pas révoqués ou remplacés par d'autres. Sous ce rapport la situation des animaux dont nous parlons n'est en aucune façon modifiée; en abrogeant des dispositions oppressives on n'a pas *de plano* admis aux compascuités les animaux qui en étaient auparavent exclus. Pour arriver à ce résultat, il faut un règlement nouveau ou une pratique absolument contraire introduite et maintenue depuis la loi de 1791. A défaut, l'art. 3 veut que la vaine pâture ne soit *exercée* que conformément aux règles et usages locaux, non contraires aux prescriptions de la loi rurale.

37. *La race ovine* formait une catégorie à part qui était plus ménagée, sans avoir toute la latitude concédée aux bœufs, chevaux et autres bêtes aumailles, généralement on les confinait dans les terres arables *à raison d'une bête à laine et son suivant par arpent de terre labourable*, suivant les termes de l'arrêt du Parlement de Paris du 9 mai 1777. Dans un bon nombre de coutumes on les excluait de la paisson des prairies, au prétexte que les moutons mangeaient l'herbe jusqu'à la racine et avaient une certaine acreté dans la salive [1].

L'ordonnance de 1669 (tit. 19 art. 13) imbue de ces idées les excluait formellement des bois et forêts de l'État. Dans d'autres localités ce bétail formait la meilleure partie du capital agricole, ils étaient traités moins durement; on les admettait aux compascuités soit librement soit en leur assignant un contournement spécial, comme cela ressort d'un arrêt de règlement du Parlement de Flandre du 14 août 1776 qui ordonne : que le tiers du territoire de chaque paroisse sera destiné à la paisson des moutons, de façon qu'il n'en résulte aucun préjudice pour la paisson des chevaux, des bœufs et des vaches. Ici, on le voit, la marge est très grande et les différentes espèces de cultures ne sont plus prises en considération. Nous constatons avec plaisir que les saines notions de l'agronomie propagée par la science

[1] V. Fournel, Vo pâtures, p. 425. Merlin, *Vaine pâture*, p. 414, Henrion de Pansey, *biens communaux*, p. 378. comp. La Poix, t. 3, p. 469, qui exclut les porcs et non les moutons.

Digitized by Google

économique, en déracinant la routine et les préjugés, ont frayé la voie aux procédés culturaux plus rationnels qui ont cours aujourd'hui.

Notre Code forestier reconnaît en fait (art. 110) que malgré l'ordonnance de 1669 on tolérait, dans beaucoup de forêts, l'introduction des bêtes blanches ou à laine. C'est sans doute en s'inspirant de cette idée qu'il a établi le système mixte dont nous sommes pourvus. En principe l'interdiction subsiste (art. 78 et 120). Mais il est loisible au chef de l'État, par des décisions spéciales, de supprimer cette prohibition au profit de telle ou telle localité, mais seulement dans les bois soumis au régime forestier.

Le cercle, on le voit, s'élargit de plus en plus et tout porte à croire que les vestiges d'un passé lointain disparaîtront peu à peu et que les compascuités finiront par être librement ouvertes au bétail de cette nature. Notons toutefois, qu'en l'absence d'une prescription législative précise, les anciennes traditions subsistent, et que les règlements locaux pourraient établir pour la race ovine, des cantonnements particuliers, ou telle autre restriction portant sur le mode de jouissance, les municipalités restant en possession de pouvoirs fort étendus sur tout ce qui a trait à l'exercice du vain pâturage.

38. A côté de ces servitudes qui ont leur fondement dans les lois municipales, et pour faire mieux encore ressortir leur nature propre, il faut en placer d'autres plus récentes et introduites en vue de favoriser l'élève du bétail ; nous voulons parler des pâturages d'hiver et de ceux d'été. Ces pâtures qui jouaient un certain rôle, surtout dans les pays chauds, dérivaient des mêmes causes et subissaient en général l'influence des mêmes idées. Cette donnée, qui tend à rapprocher le plus possible ces diverses espèces de paissons, n'est simple qu'en apparence, et les difficultés surgissent aussitôt qu'on veut faire la part de chacune d'elles. Le pâturage d'été ne dure guère que six mois, d'avril à octobre, alors que la vaine pâture ne s'ouvre que successivement, au fur et à mesure que le sol est dépouillé de la récolte. Les prairies en particulier ne sont saisies que tard, c'est-à-dire vers la fin de l'été, alors qu'elle peut fonctionner en tout temps

Digitized by Google

sur les landes, patis, terres herme et vagues. Ce fil conducteur n'étant pas sûr, il faut en chercher un autre que nous trouverons dans les titres, les usages et les règlements locaux qui souvent se prêtent un mutuel appui.

(*à suivre*). FERD. JACQUES.

LE CONGRÈS D'ANTHROPOLOGIE CRIMINELLE DE PARIS
(août 1889) [1]

Par M. E. GAUCKLER, professeur agrégé à la Faculté de droit de Caen.

La fin de ce siècle et celle du siècle dernier ont de singulières analogies. On pourrait en noter de nombreuses et aux points de vue les plus divers. Je signale simplement le rapprochement qui s'impose entre le mouvement philosophique contemporain et celui du XVIIIe siècle. Alors comme aujourd'hui l'on repousse les idées innées et l'on fonde toutes les sciences sur les données de l'expérience; on nie le libre arbitre et l'on affirme le déterminisme universel. Alors comme aujourd'hui, cette évolution provoque une crise remarquable dans les sciences sociales et plus spécialement dans les sciences criminelles. A cet égard même, il serait permis de rattacher très directement l'agitation actuelle à celle d'il y a cent ans : on ferait voir aisément que, sous bien des rapports, l'école criminaliste nouvelle s'inspire des mêmes principes que les encyclopédistes et continue leur œuvre, interrompue par une extension exagérée des idées humanitaires et par l'intervention de la philosophie de Kant.

Quoi qu'il en soit, un point est certain : les questions criminelles préoccupent aujourd'hui et les savants et les parlements et le public tout entier.

[1] La deuxième session du Congrès d'anthropologie criminelle s'est ouverte à Paris, le 10 août 1889, sous la présidence du ministre de la justice, M. Thévenet. Les séances ont eu lieu matin et soir du 12 au 16 août, à l'exception du 15 août. Plus d'une centaine de membres y ont régulièrement assisté. Les étrangers étaient nombreux, et, parmi eux, les chefs de l'école italienne, MM. Lombroso, Ferri et Garofalo. On comptait dans leurs rangs de nombreux juristes; les médecins formaient, au contraire, la très grande majorité des membres français. Il est, en effet, très remarquable et disons-le très regrettable, de constater que parmi les adhérents du Congrès on ne trouve que 7 magistrats et seulement 2 professeurs des facultés de droit.

Digitized by Google

Les savants se livrent à des recherches d'une nouveauté hardie; juristes et sociologues, anthropologues et médecins poursuivent la solution des problèmes que ces recherches soulèvent. Et comme l'anthropologie, la médecine et la sociologie ne sont d'aucun pays, mais des sciences dont les données s'appliquent en tous lieux, comme le droit criminel lui-même a, de sa nature, un caractère universel, puisque ses principes essentiels tiennent aux conditions fondamentales de toute société, ces savants se réunissent pour étudier en commun. C'est ainsi qu'après le Congrès pénitentiaire, déjà ancien, se sont fondés, en 1885, le Congrès d'anthropologie criminelle et, en 1889, l'Union internationale de droit pénal [1].

Parallèlement à cette agitation scientifique, un mouvement législatif important se manifeste.

Il suffit de rappeler qu'en France on prépare la révision du Code pénal et du Code d'instruction criminelle et que le Sénat a voté tout récemment l'importante proposition de loi de M. Bérenger. A l'étranger le nouveau Code pénal italien, entré en vigueur le 1er janvier 1890, a été suivi immédiatement d'un projet de loi sur le régime pénitentiaire; en Autriche le gouvernement a déposé un projet de Code pénal et un projet de loi sur la condamnation conditionnelle; la Belgique a voté en 1888 une loi de ce genre; l'élaboration d'un Code pénal se poursuit en Suisse, en Hongrie, en Russie, en Suède, etc.

Enfin, toutes ces questions débattues dans les réunions des savants ou dans les assemblées parlementaires ont été portées devant le grand public; les journaux quotidiens s'en sont emparé et l'opinion est aujourd'hui saisie des controverses soulevées.

D'où vient cela? Pourquoi ces discussions qui remettent en question jusqu'aux théories fondamentales de la science criminelle? Pourquoi ces nombreuses lois réformatrices qui, plus ou moins consciemment, trahissent déjà l'influence de tendances toutes nouvelles? Pourquoi enfin cette émotion d'un public que

[1] L'Union internationale, dont la 2e session a eu lieu à Berne, au mois d'août, compte aujourd'hui 358 membres. Les Français ne sont qu'au nombre de 10 dont 8 professeurs des facultés de droit, 1 magistrat et 1 avocat. Cette indifférence de notre magistrature et de notre barreau mérite d'être signalée.

Digitized by Google

les problèmes de législation laissent à l'ordinaire bien indifférent?

La chose s'explique aisément : c'est, d'une part, que les progrès effrayants de la criminalité ont démontré l'inefficacité de la législation existante ; — c'est, d'autre part, que les recherches des savants ont révélé l'inexactitude des principes sur lesquels s'appuyait cette législation, montré la voie nouvelle où il fallait s'engager, et annoncé déjà des résultats qui vont à l'encontre d'idées si généralement admises, si solidement établies, que l'audace seule de les attaquer doit naturellement surprendre.

De la première de ces raisons je n'ai rien à dire ; la progression constante du chiffre des infractions, l'augmentation permanente du nombre des récidivistes, sont aujourd'hui des lieux communs. Il suffit, au reste, de se référer aux statistiques criminelles pour se convaincre de la réalité du danger que court la société et s'expliquer l'émotion suscitée. Mais il y a quelque intérêt à caractériser brièvement le mouvement scientifique actuel.

Jusqu'ici, la méthode suivie dans les sciences sociales, telles que le droit et l'économie politique, a consisté à chercher les principes dans le domaine de la conscience. On y a trouvé une certaine notion du juste et de l'injuste, du droit et du devoir. Cette notion, on l'a élevée à la hauteur d'une vérité absolue ; c'est d'elle qu'on a déduit des conséquences applicables à la solution de tous les problèmes. La croyance à la vérité des révélations de la conscience, voilà l'idée fondamentale ; l'interrogation de soi-même et la déduction logique tirée des principes ainsi découverts, voilà la méthode. Et c'est de la sorte que la métaphysique, au lieu d'être une conclusion, a été un point de départ pour les études de science sociale.

On a fini par s'apercevoir de l'erreur commise. Une école nouvelle s'est formée qui applique la méthode d'observation et d'expérimentation à l'étude de l'homme et de la société, et crée deux sciences nouvelles, l'anthropologie et la sociologie. Désormais plus de vérités *a priori* que l'incertitude du témoignage interne doit suffire à discréditer : mais la patiente observation des phénomènes sociaux, l'examen minutieux de l'homme non seulement dans sa structure physique, mais encore dans ses

Digitized by Google

pensées et dans ses actes. On établira les faits, on recherchera les causes et l'on essaiera de déterminer les lois qui régissent leur relation. Car, et c'est l'un des principes de cette méthode, la notion du libre arbitre est écartée du domaine scientifique, par cela seul que cette notion n'est attestée que par le témoignage tout à fait insuffisant de la conscience. Les phénomènes sociaux ne diffèrent point des autres phénomènes naturels ; comme eux, ils sont soumis au déterminisme universel.

Cette révolution, qui s'opère dans l'ensemble des sciences sociales, est bien récente en ce qui concerne la science criminelle. Ce n'est guère que dans ces dix dernières années que se sont constituées l'anthropologie criminelle, dont l'objet est l'étude de l'homme criminel, et la sociologie criminelle qui s'occupe de tous les faits sociaux relatifs à la criminalité. Toutes deux doivent leur création à des savants italiens, à Lombroso, à Ferri, à Garofalo, à d'autres encore. Toutes deux annoncent, dès à présent, des résultats considérables.

Au point de vue anthropologique, l'observation de l'homme criminel fait apercevoir des anomalies multiples, anatomiques, physiologiques et psychologiques : on croit reconnaître dans la réunion des anomalies les plus remarquables un véritable type criminel et, dans celui qui en est affecté, un criminel d'instinct, un criminel né, c'est-à-dire voué fatalement au crime par son organisme même.

Au point de vue sociologique, l'on écarte d'abord l'antique notion du droit de punir et l'idée de responsabilité qui en était le fondement. On fait du droit pénal une simple fonction sociale assurant la sécurité générale. Les mesures à prendre sont déterminées par l'étude objective du crime et l'analyse de ses facteurs, anthropologiques, physiques et sociaux. L'école italienne s'attache surtout aux premiers, à la personne même du criminel : elle établit une classification des délinquants et fait varier la peine presque exclusivement d'après le danger plus ou moins grand que chaque catégorie présente pour la société.

Telles sont quelques-unes des idées essentielles qu'enseignent les créateurs des deux sciences nouvelles.

Il s'en faut qu'elles rencontrent l'adhésion générale : en France, notamment, et chez les juristes surtout, la résistance est très

Digitized by Google

vive. Il y a à cela des raisons multiples. Ce n'est pas seulement que bien des conclusions annoncées puissent être considérées comme inexactes ou tout au moins comme prématurées; que l'on puisse, en particulier, reprocher à l'école italienne de négliger trop le côté social du problème de la criminalité. C'est encore que l'esprit routinier et traditionnel, propre aux juristes, devait naturellement s'effrayer d'un système qui ne tient compte ni du droit de punir, ni du libre arbitre, ni de la responsabilité, ni de tant d'autres principes qui apparaissent aux partisans aveugles des vieilles théories comme les bases mêmes des mœurs et de l'ordre social.

La conquête du monde scientifique par l'anthropologie et la sociologie criminelles est donc loin d'être faite; mais elle se fait. Et, dans l'histoire de cette conquête, il est intéressant de noter le moment que représente la réunion du Congrès de Paris; il est intéressant d'étudier l'état des esprits, de préciser les arguments des partisans et des adversaires de l'école nouvelle, de marquer ainsi et les points de divergence et les points de contact. Comme d'ailleurs ce n'est pas ici un procès-verbal ni même un compte rendu intégral, nous ne nous astreindrons ni à suivre l'ordre des délibérations ni surtout à être complet sur chacune d'elles. Notre but est simplement de caractériser un moment déterminé dans l'histoire d'une science nouvelle [1].

Les questions traitées au Congrès se classaient sous deux chefs : anthropologie criminelle et sociologie criminelle. Il peut paraître singulier, au premier abord, qu'un Congrès d'anthropologie criminelle ait porté à son ordre du jour des questions telles que la libération et la condamnation conditionnelles ou l'organisation du

[1] Les Actes du Congrès n'ont pas encore paru : il nous est donc impossible d'y renvoyer. M. Lacassagne a publié une analyse très détaillée des délibérations dans les *Archives d'anthropologie criminelle*, numéro du 15 septembre 1889 : nous nous sommes servi, en outre, pour ce travail, des procès-verbaux sommaires rédigés sous la direction de M. Magitot, secrétaire général et MM. Bertillon, Bournet, et Coutagne, secrétaires du Congrès, comme aussi de nos notes personnelles. Un certain nombre de questions soumises au Congrès ont fait l'objet de rapports préalables qui ont paru en un fascicule.

Digitized by Google

système cellulaire. Cependant cette confusion apparente s'explique aisément. On tient à mesurer la portée de vérités que l'on croit avoir découvertes, à préciser les conséquences diverses de leur application pratique : or, c'est à la sociologie de mettre en œuvre les trouvailles de l'anthropologie : c'est pourquoi les anthropologues ont convoqué les sociologistes. Si l'on remarque, d'autre part, que les sociologistes ilaliens les plus éminents, comme MM. Ferri et Garofalo, sont en même temps des anthropologistes distingués, on comprendra mieux encore la réunion en un même programme de deux sciences si voisines et par leur nature même et par leurs représentants.

Voici donc les principaux sujets discutés, que nous passerons successivement en revue.

Dans le domaine de l'anthropologie, une première question a été posée : quels sont les résultats obtenus jusqu'ici par l'étude des criminels? quels sont notamment leurs caractères distinctifs et faut-il admettre l'existence d'un type criminel? Une deuxième question se rattachait à celle-là : quels sont les divers facteurs du crime et quelle est leur importance respective?— Entre ces deux questions le lien est si étroit que la discussion a toujours porté simultanément sur l'une et l'autre : nous essaierons cependant de distinguer ici ce qui a été dit sur chacune.

Au point de vue sociologique, le Congrès a abordé un problème presque exclusivement philosophique, mais regardé comme fondamental par les criminalistes de l'école classique. Les anciens fondements de la responsabilité sont aujourd'hui répudiés : n'y en a-t-il pas d'autres ou faut-il rayer du droit criminel la notion de responsabilité elle-même?

A coté des questions purement scientifiques, les applications pratiques. L'on a recherché comment il faut classer les délinquants et quel doit être le traitement approprié à chaque classe. Que penser notamment des procédés d'éducation correctionnelle, de la libération et de la condamnation conditionnelles, du régime cellulaire? On a étudié le secours que l'anthropologie prête pour l'identification des criminels. On a examiné les réformes dont la procédure criminelle et l'organisation judiciaire sont susceptibles, et, en particulier, on s'est demandé s'il n'y avait pas lieu de ré-

Digitized by Google

clamer une intervention plus fréquente des médecins et d'exiger du juge criminel une instruction professionnelle spéciale.

Reprenons ces divers points.

§ I.

On sait comment la constatation de nombreuses anomalies, chez les criminels, a conduit l'école italienne à les considérer comme des caractères spécifiques formant par leur réunion un type déterminé et révélant le criminel-né. Il était dès lors important de préciser à quels résultats nouveaux l'étude des criminels était parvenue ; avait-on réussi à établir définitivement des caractères qui leur fussent propres, à prouver l'existence du type criminel ? A cet effet, M. Lombroso avait été chargé de faire un rapport sur « les dernières découvertes de l'anthropologie criminelle » [1]. Il nous est impossible de résumer ici cet exposé des recherches auxquelles M. Lombroso et tant d'autres anthropologistes se sont livrés : il consiste, en effet, en une longue énumération des caractères les plus variés constatés en proportion plus grande chez les délinquants que chez les individus réputés honnêtes. Ainsi, pour donner seulement quelques exemples, sur 112 criminels on trouve 7 fois la scissure calcarienne de l'occipitale que l'on ne rencontre qu'une fois sur 100 honnêtes personnes ; la fossette occipitale moyenne se constate dans une proportion de 4,19 0/0 chez les Européens normaux et de 16 0/0 chez les délinquants ; ces derniers fournissent une proportion de 86 0/0 de fronts étroits au lieu de 51 0/0 chez les normaux, etc., etc. — Ces études ont d'ailleurs porté aussi sur les diverses catégories de délinquants, considérées séparément, afin de déterminer les stigmates propres à chacune d'elles. En tenant compte des anomalies les plus fréquentes dans une pareille classe, M. Lombroso établit le type particulier qui la caractérise. Quant

[1] Ce rapport, très bref dans le fascicule des rapports publiés avant le Congrès, a été longuement développé par M. Lombroso dans la séance du 12 août (matin). On trouvera ces développements dans le récent volume de l'éminent professeur de Turin « *L'anthropologie criminelle et ses récent progrès* » (Paris, Alcan, 1890).

Digitized by Google

à l'explication de toutes ces singularités, on sait que M. Lombroso a quelque peu varié. Au Congrès l'éminent professeur leur a attribué une origine tout ensemble atavistique et pathologique ; à ses yeux, en effet, l'atavisme est un phénomène pathologique. Il a, en même temps, rappelé le rapprochement qu'il avait déjà fait entre les criminels et les épileptiques.

Dans un rapport spécial, les docteurs Frigerio et Ottolenghi ont étudié les organes et les fonctions des sens chez les criminels : voici quelques unes de leurs conclusions. L'acuité visuelle est plus développée chez les criminels; leur nez offre souvent l'anomalie de l'échancrure nasale : celui du voleur est généralement court, celui de l'assassin souvent long : l'odorat est inférieur à celui des personnes normales et il en est de même du goût : au contraire l'ouïe est extrêmement développée.

M. Garofalo, au cours d'un rapport que nous retrouverons plus loin, a reconnu avec M. Lombroso qu'à chaque classe de criminels correspond un signalement anatomique et surtout psychologique. Enfin les savants italiens ont rencontré, sur ce terrain, l'appui de quelques membres étrangers du Congrès. Le docteur Taladriz donne les conclusions suivantes à son rapport sur « La criminalité dans ses rapports avec l'ethnographie ». « Les caractères physiologiques du type criminel se manifestent d'une manière uniforme et constante dans toutes les époques et dans toutes les races sans autres variations que celles imposées par les circonstances accidentelles et externes desdites époques et races [1]. »

Sans admettre toutes les opinions de M. Lombroso, le docteur Bajenoff estime cependant que les criminels ont des caractères distinctifs et que notamment ce sont des pariétaux et des occipitaux, alors que les honnêtes gens sont surtout des frontaux [2].

Les théories italiennes sur le type criminel ont donc trouvé de vaillants défenseurs; mais les adversaires ont été nombreux et parmi eux la plupart des savants français. On s'est placé surtout à deux points de vue; on a contesté la valeur des constatations faites, des mensurations isolées comme des statistiques d'ensem-

[1] Séance du 17 août (matin).

[2] Séance du 13 août (soir).

Digitized by Google

ble; d'autre part, dût-on admettre l'exactitude des résultats et des chiffres donnés, on a nié qu'on pût en conclure quoi que ce soit quant à leur signification criminelle.

L'on a soutenu d'abord que la méthode et les procédés n'ont pas encore un caractère suffisamment scientifique. C'est ainsi qu'un savant tel que M. Benedikt a pu dire des méthodes craniométriques employées jusqu'ici, que c'était du pur dilettantisme, et affirmer en conséquence l'impossibilité d'établir actuellement un type criminel, au moyen de mensurations précises [1]. Les données de la statistique ne doivent pas inspirer plus de confiance : comme l'a bien dit M. Herbette, elles sont souvent le produit de l'imagination de leur auteur plutôt que l'expression de la réalité. Les statistiques judiciaires et pénitentiaires, spécialement, laissent encore beaucoup à désirer dans les pays même où, comme en France, elles sont depuis longtemps pratiquées.

D'un autre côté, ne voit-on pas tout ce qu'a d'aléatoire le procédé de comparaison entre un certain nombre de criminels et un nombre donné d'honnêtes gens? Qui donc se porte garant de la moralité de ces derniers? On prouvera, sans doute, qu'ils n'ont pas encore commis de crime; mais sait-on s'ils n'en commettront pas? Puis, les hommes vertueux sont-ils bien des hommes normaux, ou plutôt la vertu n'est-elle pas une anomalie plus singulière même que le crime? L'homme normal auquel on devrait comparer le criminel n'est donc pas scientifiquement déterminé.

Mais ce n'est pas seulement sur la méthode que les critiques ont porté; l'on a soutenu de plus que, les résultats annoncés fussent-ils exacts, l'on n'en pourrait rien conclure : l'existence de l'une ou même de plusieurs des anomalies indiquées n'impliquerait pas nécessairement la criminalité de celui qui en est affecté.

D'abord, de l'aveu même des anthropologistes, il n'est pas un seul des caractères étudiés qui ne se puisse constater aussi chez les gens réputés honnêtes : on ne connaît point de stigmate absolument spécial au criminel. Mais, tandis que l'on rencontre chez des gens honnêtes les prétendus signes de criminalité, à l'inverse il existe nombre de délinquants chez lesquels on n'en trouve aucun : M. Magnan a montré aux membres du Congrès

[1] Séance du 14 août (matin).

Digitized by Google

quelques individus de cette sorte, dans la conférence faite par lui à l'Asile Sainte-Anne.

Cette constatation préalable est faite pour enlever toute valeur spécifique absolue aux signes anatomiques et physiologiques.

Allant plus loin, on peut démontrer *a priori* que la recherche de caractères spécifiques et l'établissement de types criminels sont illusoires, tout au moins dans l'état présent de nos connaissances.

L'école italienne part de cette idée, fort exacte, que le caractère moral d'une personne doit se traduire dans sa morphologie. Or, avant de rechercher quels sont les signes morphologiques correspondant au tempérament criminel, ne conviendrait-il pas de déterminer d'abord les éléments de ce tempérament? Cela n'a pas encore été fait. Et, lorsqu'on entreprendra cette étude, l'on se trouvera en face d'une nouvelle difficulté. Nombre de qualités ou de défauts psychologiques, n'ont point de valeur absolue : l'audace, qui est une aggravation de la criminalité chez un délinquant, sera une qualité chez un soldat, par exemple : la faiblesse d'esprit pourra favoriser les penchants criminels comme au contraire elle pourra accentuer la douceur d'un tempérament innoffensif. Comment alors accorder quelque signification décisive au caractère physique que l'on aura démontré correspondre soit à l'audace, soit à la faiblesse d'esprit? Cette idée, bien mise en lumière dans le rapport de M. Manouvrier [1], a été reprise, à un autre point de vue, par le docteur Ferraz de Macedo. Suivant lui, le type crime étant essentiellement variable avec les sociétés, le type criminel, s'il existe, ne doit pas être moins variable; en tout cas il faudrait, pour l'établir, connaître la structure intime du criminel, connaître les éléments de l'encéphale et leurs actions respectives : or, sur tous ces points la science est encore muette [2].

D'un autre côté, M. Benedikt a remarqué que les signes anatomiques, leurs rapports ordinaires avec une qualité psychologique

[1] « Existe-t-il des caractères anatomiques propres aux criminels? Les criminels présentent-ils en moyenne certains caractères anatomiques particuliers? Comment doit-on interpréter ces caractères? » Séance du 13 août (matin).

[2] Séance du 14 août (matin).

Digitized by Google

fussent-ils démontrés, ne permettraient pas de conclure nécessairement à l'existence de cette qualité. Sait-on, en effet, si tel stigmate n'a pas été transmis isolément et par voie d'hérédité, sans qu'il y ait eu transmission de la qualité correspondante. En de pareilles hypothèses le stigmate perd toute signification psychologique[1]

M. Brouardel a constaté que les lésions, de l'ouïe, par exemple, du goût ou de la sensibilité, que l'on relève souvent chez les criminels doivent parfois être attribuées, non pas à des anomalies congénitales, mais à des troubles de la nutrition. Les criminels peuvent éprouver les effets de certaines intoxications, de même que chez les épileptiques on trouve des ptomaïnes convulsivantes et chez les mélancoliques des ptomaïnes soporifiques[2].

On se rend compte, par cet exposé, de la position prise par les adversaires de l'école italienne : non seulement, disent-ils, les résultats avancés par elle ne sont pas encore démontrés, mais, bien plus, l'on ne pourra jamais établir scientifiquement un caractère spécifique de la criminalité, un véritable type criminel.

Mais ces adversaires ne sont pas allés jusqu'à nier des faits indiscutables : nul n'a contesté ce point certain; l'existence chez le criminel d'un nombre d'anomalies infiniment supérieur à celui que l'on constate chez l'honnête homme. Cela prouve à coup sûr un développement irrégulier, sinon une criminalité certaine. D'autre part, l'on n'a même pas nié qu'il n'y eût une physionomie particulière aux diverses catégories de délinquants. A cet égard une anecdote contée par M. Benedikt est intéressante à noter. Le savant viennois visitait un jour une prison : il demande à voir un groupe de 12 vagabonds : on les lui amène et à première vue il déclare que l'un d'eux ne rentre pas dans la catégorie indiquée. Le directeur de la prison confirme cette opinion, avouant qu'il avait voulu mettre le savant à l'épreuve. Mais, ce fait qui prouvait sa grande expérience, M. Benedikt s'est refusé à le publier : c'est que, s'il a eu le sentiment très net des différences de physionomie, il lui était impossible d'indiquer les éléments scientifiques de cette différence : ces éléments font jusqu'ici

[1] Séance du 13 août (matin).

[2] Séance du 17 août (matin).

Digitized by Google

défaut. — Constatons aussi l'opinion particulière de M. Tarde sur ce point[1]. Suivant lui, le type criminel existe : mais il existe comme existent les types du prêtre, du magistrat, etc. A toute profession correspond, en effet, un type particulier résultant de l'adaptation de tels ou tels organes à la profession. L'hypothèse est ingénieuse, à coup sûr : mais ce n'est encore qu'une hypothèse, car M. Tarde n'apporte à son appui aucun fait précis.

De toute cette discussion s'est donc dégagée cette conviction générale que le criminel est un être aux anomalies multiples. Et, de là, une série de résolutions prises par le Congrès à l'unanimité des votants : elles ont pour objet l'étude de toutes ces anomalies, la détermination des points sur lesquels doivent se porter les recherches, l'obtention de toutes les facilités nécessaires à la poursuite des investigations.

Sur la proposition de M. Garofalo, une commission de sept anthropologistes a été nommée : elle est chargée de faire une série d'observations sur un chiffre de cent criminels vivants, au moins, dont 1/3 d'assassins, 1/3 de violents, 1/3 de voleurs, comparés à un nombre égal d'honnêtes gens dont on connaît parfaitement les antécédents et ceux de leur famille. Il s'agit ici de vérifier, avec toutes les garanties de compétence nécessaires, les idées de M. Garofalo sur les différences somatiques et psychologiques caractérisant les trois catégories de criminels indiquées.

Une autre commission a reçu mission d'établir un formulaire de recherches anthropométriques et juridiques dans les prisons.

Deux vœux, formulés par M. Lacassagne et adoptés par le Congrès, demandent à obtenir des gouvernements un accès plus facile dans les prisons et à faire toujours remettre à la science les cadavres des suppliciés[2]. Ce dernier vœu a été l'objet de sérieuses réserves de la part de M. Herbette.

Le criminel a-t-il ou non des stigmates spéciaux, existe-t-il ou non un type criminel, en soi la question peut sembler n'offrir qu'un intérêt purement scientifique. En réalité, le parti que l'on prend sur ce point tend à déterminer la solution de ce problème infiniment grave : quels sont les divers facteurs du crime ?

[1] Séance du 14 août (soir).

[2] Séance du 13 août (matin).

Digitized by Google

L'on peut considérer que les causes possibles du crime rentrent dans ces trois catégories de facteurs : les facteurs anthropologiques, c'est-à-dire le criminel avec sa constitution et ses caractères propres; — les facteurs sociaux, c'est-à-dire le milieu social qui a agi sur le criminel; — enfin, les facteurs physiques, c'est-à-dire la pression barométrique; l'état électrique de l'atmosphère, la température, etc. — On est d'accord pour ne reconnaître à ce dernier élément qu'une influence secondaire, quoique très réelle comme l'ont montré les beaux travaux de M. Ferri. Mais la détermination de l'importance respective des deux premiers facteurs a mis aux prises l'école italienne et ses adversaires, et leur opposition s'est très vivement manifestée au Congrès de Paris.

L'école italienne croit à une organisation spéciale du délinquant que dénote le type criminel. D'où cette conclusion qu'une pareille organisation devra toujours produire des effets correspondants : l'homme qui en est affligé sera nécessairement criminel : c'est un criminel-né, un criminel d'instinct, et forcément aussi un criminel d'habitude. La proportion de pareils délinquants sur la totalité, est, d'après Lombroso, de 40 0/0, celle-là même qui détermine la fréquence du type criminel : les criminels d'occasion forment le restant.

Sans admettre même un type criminel, certains savants croient cependant au criminel nécessaire. MM. Taverni et Magnan ont pris à cet égard une position spéciale dans leurs rapports sur « L'enfance des criminels dans ses rapports avec la prédisposition naturelle au crime » [1].

M. Taverni ne pense pas que les anomalies constatées chez les criminels aient *par elles-mêmes* « la signification d'une cause « matérielle de délinquance, ni d'une prédisposition physique à « la délinquance ». Elles indiquent simplement une dégradation physique qui implique d'ailleurs toujours une dégradation morale correspondante. Cependant, M. Taverni croit à une prédisposition naturelle au crime, et il l'analyse : suivant lui, elle consiste en « une espèce de manque d'aptitude à l'éducation ». Ce défaut d'aptitude résulte lui-même d'un vice organique : « l'impossibilité

[1] Séance du 16 août (matin).

Digitized by Google

« physique de soumettre quelques-uns des centres nerveux « principaux de l'élève à contracter l'habitude de s'accommoder « dans leur structure, de manière qu'ils puissent exécuter et « reprendre *facile, plene, tuto et jucunde* tous les mouvements « moléculaires qui doivent exécuter la répétition provoquée des « actes réalisant l'obéissance à la loi domestique. » M. Taverni a doublement vérifié son principe : d'une part, il a trouvé les particularités susdites dans la jeunesse des criminels sur lesquels il a ouvert une enquête ; — d'autre part, ayant constaté ce défaut d'aptitude chez des enfants, il a prédit qu'ils deviendraient des criminels et l'avenir lui a donné raison.

M. Magnan se sépare du rapporteur précédent en ce qu'il nie la prédisposition naturelle au crime, du moins chez l'individu normal : celui-ci ne devient criminel que sous l'influence d'une passion ou d'une éducation vicieuse. Mais, lorsqu'au lieu d'individus normaux l'on considère des héréditaires dégénérés, des individus débiles et déséquilibrés, chez lesquels les centres cérébraux et spinaux sont soumis à des troubles fonctionnels, alors l'on voit apparaître dès leur enfance des anomalies cérébrales ; leur tare pathologique se manifeste, dès le début de leur vie psychique, par les signes d'une organisation mentale vicieuse, par des perversions instinctives, des anomalies du caractère et des sentiments affectifs. M. Magnan a apporté à l'appui de cette thèse des observations curieuses puisées dans sa clinique.

Ce système classe, en réalité, M. Magnan parmi les adversaires les plus convaincus de l'école italienne. Ceux-ci, en effet, ne refusent pas toute importance au facteur anthropologique. Ils reconnaissent, en général, qu'il peut y avoir, suivant les cas, des prédispositions organiques au crime. Mais ce qu'on nie, c'est, en dehors de certains cas qui rentrent dans la pathologie, que l'homme puisse jamais être irrémédiablement voué au crime, de par son organisation. Le criminel est un microbe de nature particulière, soit ! mais, comme tout microbe, il ne peut pulluler que dans un milieu favorable [1].

[1] Cette comparaison ingénieuse a été faite par M. Lacassagne au Congrès de Rome : elle a été souvent reproduite au Congrès de Paris.

Digitized by Google

L'influence du milieu social, voilà le facteur essentiel! Et cette influence se manifeste aux points de vue les plus divers.

C'est, d'abord, au point de vue de l'éducation. On nie dans l'école adverse que l'éducation ait une efficacité quelconque à l'encontre du criminel-né. Mais n'est-ce pas méconnaître cette vérité que l'expérience des siècles a transformée en proverbe : l'habitude crée une seconde nature. Comment! l'on réussirait à élever un loup jusqu'à en faire un animal inoffensif et l'on ne pourrait pas discipliner l'homme jusqu'à l'adapter à son milieu[1]? L'expérience d'ailleurs n'est-elle pas en ce sens? Une femme de cœur, institutrice des enfants de l'hôpital Saint-Louis, Mme Pigeon, a dit au Congrès que parmi les centaines d'enfants dont elle s'est occupée, elle n'en a point trouvé de foncièrement mauvais, de réfractaires à l'éducation. Aimer, aimer beaucoup et convaincre l'enfant de cette affection, voilà, à ses yeux, le vrai moyen d'action, le moyen toujours efficace[2]. M. Herbette a, de son côté, affirmé les résultats obtenus dans certains établissements correctionnels qui de jeunes gens pervertis ont fait d'excellents soldats[3].

D'autre part, n'est-ce pas précisément au milieu social qu'il faut attribuer certaines de ces prédispositions organiques, soit physiques, soit psychologiques, que relève l'école italienne[4]? Peut-on nier que l'alcoolisme, la débauche, la misère, ne soient pour beaucoup dans cette névrasthénie constatée chez tant de criminels? Peut-on nier aussi, d'une manière générale, l'influence de la profession qui façonne l'esprit et souvent provoque des modifications organiques? La valeur de ce facteur est incontestable, comme l'a bien démontré un remarquable mémoire de M. Coutagne[5].

Puis enfin, comment ne pas reconnaître l'importance, souvent décisive, du milieu social sur l'occasion qui détermine le crime? Un homme, fût-il organiquement prédisposé au vol, demeurera

[1] Manouvrier (Séance du 14 août).

[2] Séance du 16 août (soir).

[3] *Id.*

[4] M. Lacassagne. Séance du 12 août (matin).

[5] De l'influence des professions sur la criminalité. Séance du 13 août (soir).

Digitized by Google

honnête s'il est dans une situation de fortune telle que toute tentation se trouve écartée de lui.

Tels sont, brièvement indiqués, les arguments principaux qu'ont invoqués les adversaires de l'école italienne. Il semble qu'il y ait là un antagonisme irréductible. Cependant, au Congrès même, un principe a été posé, dont les termes n'ont pas été sérieusement contestés, qui permettra de concilier plus tard les opinions adverses.

Ce principe, M. Ferri l'a formulé ainsi, dans son rapport sur « Les conditions déterminantes du crime et leur valeur relative »[1] : « Le crime est l'effet des conditions anthropologiques physiques et sociales qui le déterminent avec une action simultanée et inséparable. » Sans doute les deux partis en présence s'attachent plus particulièrement à l'une ou l'autre de ces deux conditions; l'école italienne, et M. Ferri avec elle, tient pour la prépondérance du facteur anthropologique dans nombre de cas : ses adversaires admettent celle du facteur social dans la plupart des hypothèses. Mais ceci s'explique : le crime est un phénomène très complexe; c'est, comme l'a encore dit M. Ferri[2], une sorte de polyèdre; chacun n'en a étudié qu'une face et s'en exagère naturellement la signification. Mais l'important est qu'on reconnaisse l'existence simultanée de ces divers éléments; or cette reconnaissance a semblé acquise, au Congrès; elle en constitue l'un des résultats les plus remarquables.

Dans toutes ces discussions sur les caractères criminels et sur l'importance respective des divers facteurs du crime, aucune voix ne s'est fait entendre pour affirmer la liberté de volonté du criminel. La négation du libre arbitre est, en effet, l'une des thèses fondamentales de l'école sociologique italienne, tout imbue des théories déterministes : et ce sont ces théories aussi qui ont conquis aujourd'hui, en France même, tous les esprits scientifiques, tous ceux du moins qui ont su se dégager de l'étreinte où les enserraient les manières de penser du passé.

Mais alors, que devient la théorie de la responsabilité, cette base

[1] Séance du 12 août (matin).

[2] Séance du 14 août (soir).

Digitized by Google

essentielle du droit pénal classique ? La fonder sur le libre arbitre, comme on l'a fait jusqu'ici, cela n'est plus possible, tout le monde le reconnaît : faut-il donc la rayer du droit pénal ou faut-il l'établir sur de nouveaux fondements ?

C'est là précisément l'objet d'un important rapport de M. Tarde : « Des anciens et des nouveaux fondements de la responsabilité morale [1]. »

M. Tarde est, on l'a dit et redit, le critique bienfaisant de l'anthropologie criminelle. Métaphysicien à demi converti seulement, tout pénétré encore des vieilles théories, il soumet les doctrines nouvelles à une sévère critique et soulève objection sur objection : mais, esprit trop ouvert et trop libre pour ne pas sentir que le progrès scientifique commande aujourd'hui l'abandon de systèmes tout décrépits de vétusté, il n'hésite pas à s'engager lui-même dans des voies inexplorées. C'est cette double tendance qui l'a amené à rechercher, dans son rapport, une conciliation entre les théories du passé et celles de l'avenir, à maintenir la notion de la responsabilité tout en lui donnant de nouveaux fondements.

M. Tarde admet, en effet, qu'il est désormais impossible d'appuyer la responsabilité sur l'hypothèse d'un libre arbitre que démentent la psychologie et la physiologie modernes. En liant intimément la responsabilité à l'existence du libre arbitre, on a d'ailleurs abouti à des acquittements scandaleux : ces effets pratiques condamnent la doctrine.

Mais, d'autre part, M. Tarde ne peut se résigner à se séparer des vieilles idées jusqu'à se passer des notions de responsabilité et de culpabilité. Il veut croire à la culpabilité pour pouvoir punir. Il réclame le droit de mépriser et de haïr le criminel et pour cela il faut qu'il le juge responsable et coupable. Sur quels fondements donc asseoir cette responsabilité ?

Le rapporteur indique une double condition. Il exige d'abord l'identité individuelle de l'auteur du crime : l'acte doit bien émaner de celui auquel on l'attribue, non pas être le résultat de causes organiques ou physiques extérieures à sa personne. C'est ainsi qu'en cas de flagrant délit on punit plus sévèrement parce que c'est alors que l'identité personnelle apparaît avec le maximum

[1] Séance du 16 août (soir).

Digitized by Google

d'évidence. C'est ainsi, à l'inverse, que le fou est exempt de peine, car ce n'est pas au *moi* ordinaire que l'acte peut être attribué, c'est à un faux *moi* implanté dans l'individu par l'effet de la folie.

La deuxième condition nécessaire est l'identité sociale de l'accusé, de la victime et de l'accusateur. Une tribu de sauvages qui n'a aucune relation sociale avec une tribu voisine ne punit pas l'assassinat commis au préjudice d'un membre de cette tribu. Au contraire, les nations civilisées modernes ayant de plus en plus le sentiment qu'elles font partie d'une même société, concluent de nombreux traités d'extradition.

On voit comment M. Tarde justifie sa théorie de la responsabilité. Il prend des faits d'expérience et montre que lorsqu'on a blâmé et puni, les deux conditions requises se trouvent toujours réunies. M. Tarde n'a pas vu, d'abord, que les phénomènes qu'il constate sont susceptibles de bien d'autres interprétations et notamment que si l'on punit plus fort en cas de flagrant délit, c'est parce que le sentiment de la vengeance est plus énergique, et non point parce que l'identité individuelle est à son maximum d'intensité. D'autre part, ce qu'il eût été essentiel de montrer, c'est que dans les circonstances indiquées l'on *devait* blâmer et punir, non pas simplement qu'on fait l'on blâmait et l'on punissait.

Les conclusions de ce rapport n'ont guère trouvé que des contradicteurs.

C'est, d'abord, M. Manouvrier qui a remarqué que le besoin d'une solution nouvelle ne se faisait pas sentir et qu'en tous cas celle que l'on proposait ne satisferait ni les positivistes ni les métaphysiciens. Nous sommes assez de cet avis.

C'est ensuite M. Motet qui, fort judicieusement, a déclaré que la question de la responsabilité ne devait pas être examinée par le médecin. Y a-t-il lieu d'infliger une peine, c'est la seule question que se pose l'expert; la responsabilité théorique le laisse indifférent.

Enfin, M. Ferri a fait éloquemment sa profession de foi. Pour ce déterministe convaincu il n'est ni mérite, ni démérite. A l'égard du criminel il ne se sent au cœur que de la compassion, au même titre que pour l'aliéné. L'idée de responsabilité, s'il faut en par-

Digitized by Google

ler, est mal envisagée ; on ne l'établit qu'à l'encontre des criminels ; elle est cependant toute générale : le criminel comme l'honnête homme est toujours et dans tous les cas responsable devant la société.

Ces affirmations n'ont pas laissé M. Tarde indifférent. Dans une ardente réplique, il a réclamé le droit de haïr le criminel : confondre dans un même sentiment de pitié le criminel et l'aliéné, c'est, à ses yeux, violer le bon sens, c'est froisser profondément la conscience même de l'humanité.

M. Tarde n'a pas senti, en s'exprimant ainsi, combien il se laissait dominer par l'instinct de vengeance que tout crime éveille dans l'âme humaine : il a oublié d'analyser de près ces idées de justice et d'injustice que suggère la conscience et dont il se réclame ; en apparence elles semblent l'expression de quelque vérité supérieure ; en réalité elles ne sont que la transformation de ce sentiment primordial, cette réaction forcée contre l'offense, le besoin de vengeance.

Au reste, il est si vrai que la question de la responsabilité doit désormais disparaître du terrain scientifique qu'elle n'a été soulevée en aucune autre délibération du Congrès, soit que M. Tarde fût seul de son opinion, soit que l'on pût se mettre d'accord sans la faire intervenir, ce qui prouverait bien son inutilité.

§ II.

Nous avons essayé de retracer, dans ce qui précède, les traits essentiels des discussions qui ont porté sur les thèses fondamentales de l'anthropologie et de la sociologie criminelles. Le congrès ne s'en est pas tenu là : il s'est occupé des réformes que les données des sciences nouvelles doivent amener soit dans le droit pénal, soit dans l'organisation judiciaire et la procédure criminelles.

A cet égard, la diversité des points de vue, si vivement accusée sur les questions que nous venons de voir, a été beaucoup moins accentuée. C'est qu'il existait, en effet, chez tous les membres du Congrès la conviction profonde que l'étude anthropologique du criminel a une importance considérable et qu'elle doit

Digitized by Google

jouer un grand rôle dans l'administration de la justice. Sans doute, chaque fois que l'on a voulu accorder une prépondérance exclusive aux considérations anthropologiques, l'on a retrouvé l'antagonisme des deux écoles. Mais la plupart des communications faites se bornant à mettre en lumière la grande valeur de ces considérations, l'accord s'est facilement réalisé et les conclusions que plusieurs d'entre elles soumettaient au Congrès ont été adoptées à l'unanimité.

Voyons donc quels sont les points principaux touchés par ces communications et les vœux émis par le Congrès.

De toutes les applications dont l'anthropologie criminelle est susceptible, la moins contestable et la moins contestée a été faite à la recherche et à l'identification des criminels. On sait, en effet, comment fonctionne le service anthropométrique organisé à la Préfecture de police par M. Bertillon et comment son utilité s'est souvent déjà manifestée. Au Congrès la valeur de ce système et son mécanisme ont été mis en relief, d'abord par une conférence faite par M. Bertillon à la Préfecture, suivie de démonstrations expérimentales, puis, par un mémoire de MM. Anfosso et Romiti sur « la possibilité de faire servir la méthode et les instructions de l'anthropologie criminelle aux recherches de la police [1]. »

Le Congrès a émis le vœu que « le service anthropométrique fût généralisé comme étant un moyen de préservation sociale et un moyen de prouver judiciairement l'identité des prévenus [2]. »

A d'autres points de vue, divers rapports ont insisté sur l'importance de l'examen anthropologique.

M. Garofalo s'est préoccupé de « La détermination par l'anthropologie criminelle de la classe de délinquants à laquelle appartient un coupable » [3]. Pour lui, la peine doit essentiellement varier suivant la nature du délinquant; elle doit constituer un traitement spécial pour chaque catégorie de criminels. Aussi est-il extrêmement important de classer les criminels. A cet effet, il y a lieu, sans doute, de tenir compte de la nature du crime. Mais celle-ci ne saurait être un élément décisif. Un assassinat peut être

[1] Séance du 13 août (soir).

[2] Séances des 13 et 17 août.

[3] Séance du 14 août (matin).

Digitized by Google

l'acte d'un odieux criminel; mais ce peut être aussi l'acte d'un parent qui venge l'honneur d'un des siens. Il est absurde d'appliquer la même peine dans les deux cas. En réalité, ce qui importe c'est l'examen du criminel : avant tout, l'examen psychologique; accessoirement, celui des caractères anatomiques et physiologiques.

On arrive ainsi à distinguer certaines grandes catégories. Celle des *assassins*, en premier lieu. Chez eux, le regard est froid, l'œil fixe, le front étroit et fuyant, etc.; — au moral, on constate l'indifférence, l'apathie, l'égoïsme. — Un examen attentif ferait souvent découvrir de pareils tempéraments chez des enfants coupables simplement de légers délits, comme de coups ou d'autres actes de violence, fréquemment répétés; il permettrait de leur appliquer, dès le début, des mesures appropriées.

La deuxième catégorie comprend les *violents*. Ce sont les caractères impulsifs; il y a chez eux une prédisposition organique tenant souvent à l'hérédité. Mais elle est mise en jeu par une excitation extérieure, telle que l'ivrognerie, la colère, etc., Chez ceux-là, des anomalies nerveuses et souvent des anomalies atypiques, mais non pas de ces stigmates qui rappellent la structure des espèces inférieures, comme on en rencontre chez les criminels d'instinct.

Enfin, dans une troisième catégorie rentrent les *voleurs*, les escrocs, les faussaires, tous ceux dont les actes portent atteinte à la propriété. Une sous-distinction doit d'ailleurs être faite entre les malfaiteurs incorrigibles et les autres. Les premiers se caractérisent, d'un côté par la névrasthénie physique et morale, c'est-à-dire, l'impuissance de tout effort, d'un autre côté, lorsqu'il s'agit de voleurs par instinct, par des signes physiques tels que la mobilité du visage et des mains, la petitesse et la vivacité de l'œil, l'épaisseur et le rapprochement des sourcils : le nez est camus, le front petit et fuyant.

Chacune de ces catégories, dont la distinction se peut faire à première vue dans une prison, appelle un traitement particulier dont les éléments seront déterminés précisément par l'étude de la nature spéciale des criminels de chaque classe.

Ces idées du rapporteur n'ont guère soulevé d'objections en

Digitized by Google

ce qui concerne la nécessité d'une observation psychologique du délinquant; à cet égard même, M. Herbette a déclaré que l'administration pénitentiaire s'efforcerait d'appliquer une méthode et des règles scientifiques.

Mais le rapporteur a proposé aussi de tenir compte d'ores et déjà des caractères somatiques qu'il assigne à chaque catégorie de criminels; il a, sur ce point, rencontré l'opposition de tous ceux qui considèrent que de pareilles données sont scientifiquement encore trop incertaines pour pouvoir être dès à présent utilisées. M. Benedikt a dit très justement que les juristes avaient bien raison de se défier des présents que leur font les anthropologues, puisque ceux-ci ne leur apportent encore que des présomptions [1].

L'éducation correctionnelle des enfants a donné lieu à des communications intéressantes. Le mémoire du Dr Motet [2] proposait une série de réformes rendues nécessaires par l'insuffisance du système actuel, celui surtout que l'on pratique à la Petite Roquette. Il faut donner aux enfants une éducation plus complète, tant morale que professionnelle. M. Motet, et d'autres membres du Congrès avec lui, a notamment relevé l'heureuse influence qu'exercent les travaux agricoles. Il voudrait aussi que l'État, seul, eût la charge de l'éducation correctionnelle. Seul l'État, a dit M. Herbette, parlant dans le même sens, seul l'État peut faire ce placement à longue échéance que suppose l'éducation de l'enfance; les associations ne peuvent remplacer l'État, bien que celui-ci puisse leur confier une partie de sa mission [3].

Combien il reste de progrès à réaliser en cette matière, combien les règles qui déterminent l'intervention de l'État et des sociétés privées sont peu scientifiques, c'est ce qu'a démontré une communication de M. Rollet [4]. Le très dévoué secrétaire de l'*Union française pour le sauvetage de l'enfance*, va tous les jours au Palais où l'on amène de 20 à 30 garçons et de 8 à 10 filles. Il se

[1] Nous avons dit plus haut que le Congrès a nommé une commission chargée de vérifier l'exactitude du signalement anthropométrique donné par M. Garofalo pour chacune de ses classes de criminels.

[2] De l'éducation correctionnelle. Réformes en rapport avec les données de la biologie et de la sociologie criminelles. Séance du 12 août (soir).

[3] Séance du 16 août (soir).

[4] Séance du 16 août (matin).

Digitized by Google

constitue d'office leur défenseur : il plaide toujours l'acquittement. Mais, tantôt il demande la remise de l'enfant à ses parents ou à l'*Union*, tantôt il réclame son envoi en correction. Dans ce choix il ne peut guère se déterminer que d'après des renseignements superficiels, d'après des apparences. M. Rollet réclame le concours d'un anthropologiste qui, par l'examen somatique, donne une base scientifique à ses déterminations. Cette demande a été immédiatement entendue et M. Manouvrier à promis son concours [1].

Le question de la libération et de la condamnation conditionnelles a fait l'objet d'un rapport très étudié de M. le docteur Semal [2].

L'auteur part de ce principe que la loi criminelle se propose essentiellement l'amendement du coupable. D'où suit cette conséquence logique que la peine doit cesser dès qu'elle ne contribue plus à cet amendement, — ce qui conduit à la libération conditionnelle —, et qu'elle ne doit pas commencer si le seul fait de la condamnation suffit à l'effet moral cherché, — ce qui amène à la condamnation conditionnelle. L'une et l'autre institution sont consacrées par la législation belge. Mais, pour leur saine application, il faut, en faisant appel aux doctrines et aux méthodes de l'école positive, qu'un examen approfondi du délinquant précède toujours cette application. Le rapporteur formule ainsi sa conclusion : « La nécessité d'un examen psycho-moral du délinquant s'impose comme seul moyen d'affirmer l'existence des sentiments sur lesquels on spécule pour autoriser la libération ou ajourner la peine; il y a donc lieu d'organiser une inspection médicale des détenus. » — Cette conclusion ne pouvait soulever de difficulté et l'unanimité du Congrès a émis un vœu en ce sens.

Cependant diverses observations ont été présentées à l'occasion de ce rapport : il est peut-être intéressant d'en dire un mot.

Le rapporteur a semblé attribuer à la seule école positive le mérite de l'invention des deux mesures indiquées.

[1] Notons aussi un vœu émis par le Congrès sur la proposition de M. le pasteur Eschenauer et ainsi concu : Le Congrès exprime le vœu qu'autant que possible la direction et l'instruction des enfants en bas âge soumis à un régime correctionnel soient confiées à des femmes éprouvées (Séance du 17 août (soir).

[2] Séance du 17 août (matin).

Digitized by Google

MM. Alimena et Van Hamel ont montré que depuis longtemps les législateurs de divers pays étaient entrés dans la voie nouvelle.

D'autre part, et bien que les conclusions du rapport n'aient visé qu'un examen psycho-moral, M. Semal a paru admettre la nécessité d'un examen anthropologique général. M. Bertillon lui a rappelé toute l'incertitude que présente la valeur scientifique des caractères somatiques : il a émis aussi la crainte que les directeurs de prison, dominés par des considérations anthropologiques, ne négligent une partie de leur mission, la poursuite de l'amendement et du relèvement moral du coupable.

J'ai ajouté à ces observations quelques remarques d'ordre plus général. Le point de vue du rapporteur est celui de l'école italienne ; il est surtout anthropologique. Il y a, en effet, dans cette école, une tendance manifeste à ne considérer que la personne du criminel, à ne donner d'autre but à la peine que, d'abord, la protection de la société contre ce criminel, puis l'amendement de celui-ci. C'est, nous semble-t-il, envisager trop étroitement le problème de la pénalité. Aux deux termes de l'ancienne école, crime et peine, les positivistes italiens en ont ajouté avec raison un troisième : le criminel. Mais le problème est plus complexe encore : il comporte un quatrième terme : la société, ou, si l'on veut, l'ensemble des réactions sociales provoquées par le crime. Le crime éveille l'esprit d'imitation : la peine doit prévenir ses effets, elle doit être exemplaire. Le crime provoque le désir de vengeance : il faut en tenir compte et, suivant les cas, infliger quelque mal au coupable, si l'on ne veut pas que la justice privée se substitue à la justice publique. Remarquons, enfin, que la société porte un certain jugement sur le traitement applicable au délinquant ; elle le déclare juste ou injuste : cette notion de justice, inscrite au cœur de tout homme, est encore un élément sociologique que le législateur ne peut négliger.

Un remarquable rapport du savant professeur d'Amsterdam, M. Van Hamel, avait pour objet « le système cellulaire considéré au point de vue de la biologie et de la sociologie criminelles. » [1].

[1] Séance du 17 aout (soir).

Digitized by Google

M. Van Hamel distingue nettement les délinquants d'occasion et les délinquants d'habitude et, parmi ces derniers, les corrigibles et les incorrigibles. Les corrigibles eux-mêmes se subdivisent en deux classes, dont l'une comprend les individus condamnés pour délits contre la propriété ou autres actes impliquant un manque d'énergie sociale, une névrasthénie, une tendance exclusivement égoïste, — dont l'autre embrasse les criminels qui ont manifesté par leurs agissements un excès d'énergie malfaisante, les auteurs de violences contre les personnes ou contre l'autorité, etc. L'application du régime cellulaire doit varier avec chacune de ces catégories.

S'agit-il, d'abord, de délinquants d'occasion? on n'hésitera pas à les soumettre à ce mode de détention, tant à cause de sa force intimidante, que parce qu'il isole le condamné du milieu corrupteur de la prison et qu'il laisse mieux agir sur lui la réflexion, la lecture, les visites, les exhortations etc., Mais, comme, d'une part, certains individus ne peuvent supporter l'isolement, ils y seront soustraits, après examen médical; comme, d'autre part, la durée de l'emprisonnement cellulaire ne peut être indéfinie, on admettra, dans chaque pays, un maximum que l'expérience fixera.

S'agit-il, au contraire, de récidivistes incorrigibles, aucun des avantages de la mise en cellule ne se retrouve: elle ne sera donc appliquée qu'aux individus dangereux pour lesquels l'isolement est de toute nécessité.

Pour les malfaiteurs corrigibles, il faut appliquer la distinction indiquée. A l'égard des névrasthéniques, le but à atteindre consiste à faciliter leur relèvement, à leur donner l'énergie qui leur sera nécessaire dans le monde; pour cela, il faut les faire vivre au milieu de la petite société de la prison ; mais une période préparatoire de détention cellulaire pourra être utile. A l'égard des violents, l'application du système cellulaire se recommande par les mêmes motifs que pour les criminels d'occasion.

Au reste, le régime cellulaire qu'a en vue M. Van Hamel est un régime sainement entendu, « un emprisonnement exempt de vexations superflues, un emprisonnement où le traitement est sévère mais rationnel, où le prisonnier est occupé par un travail assidu et dont l'organisation de visites régulières pendant le temps

Digitized by Google

de la peine et, autant que possible, d'un patronage après, constituent une partie réelle. »

Ces vues si justes du délégué hollandais, ont rencontré au sein du Congrès une approbation unanime. Elles ont aussi donné lieu à une observation complémentaire du docteur Semal qui a démontré, à l'aide des statistiques belges, la parfaite innocuité du régime cellulaire au point de vue mental. En 20 années, sur 900.000 détenus on a observé 517 cas de folie, soit une proportion de 57 pour 100.000 alors que sur l'ensemble de la population la proportion est de 147 pour 100.000.

MM. Pugliese et Sarraute ont tous deux envisagé l'anthropologie et la sociologie dans leur application au procès criminel, le premier en étudiant « le procès criminel au point de vue de la sociologie [1] » le second en s'occupant « des applications judiciaires de la sociologie criminelle [2]. »

Les deux rapporteurs sont d'accord pour demander que les magistrats reçoivent une instruction technique. Il faut que le juge ait sur les criminels les notions scientifiques indispensables; il faut aussi qu'il connaisse bien le milieu social où il est appelé à exercer ses fonctions.

M. Sarraute exige cette éducation spéciale même des membres du jury et propose, dès lors, une réforme profonde de cette institution.

Les deux rapporteurs sont d'accord aussi pour faire la part très grande aux expertises médicales. M. Pugliese va même jusqu'à prévoir l'établissement de commissions techniques qui trancheraient les questions médico-légales, le juge devant se soumettre à leurs décisions.

MM. Brouardel et Benedikt ont vivement critiqué cette dernière proposition [3]. Tous deux ont refusé, pour les experts, la mission si grave que M. Pugliese voudrait leur confier. D'abord, la science est encore trop incertaine pour que l'on puisse déjà prononcer, en son nom, sur le sort des prévenus. En outre,

[1] Séance du 16 août (matin).

[2] Séance du 17 août (matin).

[3] De l'enseignement des sciences médico-légales dans les facultés de droit Séance du 12 août (soir).

Digitized by Google

M. Brouardel a remarqué que l'impartialité des experts est déjà trop suspectée par le public qui voit en eux de simples auxiliaires du ministère public. Que serait-ce si on leur confiait le soin de statuer définitivement?

La nécessité d'une éducation technique spéciale pour les magistrats n'a pas été contestée. M. Tarde a demandé en ce sens, que l'on séparât nettement les juges civils et les juges criminels, la mission des uns et des autres étant essentiellement différente.

L'utilité d'une pareille instruction n'existe d'ailleurs pas seulement pour les magistrats; elle n'est pas moins grande pour tous ceux qui participent à l'administration de la justice. M. Lacassagne, qui a eu l'heureuse initiative d'introduire l'enseignement de la médecine légale à la faculté de droit de Lyon, a développé cette idée dans une communication spéciale[1]. De nombreux membres du Congrès l'ont chaudement appuyé en demandant, d'une manière générale, que les sciences anthropologiques et particulièrement la psychologie figurent au programme des études juridiques. On a insisté en outre sur l'utilité qu'aurait l'institution d'une véritable clinique criminelle auprès des facultés de droit; des visites seraient faites dans les prisons par les étudiants, sous la direction de leur professeur; ils apprendraient à connaître ainsi ces natures spéciales qu'ils sont appelés à manier plus tard.

Le directeur de l'administration pénitentiaire ne s'est pas montré hostile à cette dernière idée. Il a cependant insisté, avec grande raison, sur la prudence extrême qui serait nécessaire dans sa réalisation; il a montré combien la discipline des établissements pénitentiaires est chose fragile et comment il suffit que le détenu devine qu'il est un sujet intéressant, pour qu'il devienne difficile à conduire. Ajoutez que l'esprit de pure curiosité qui pourrait animer certains visiteurs serait pour le détenu une cause injuste de souffrance morale[2].

Quoi qu'il en soit, le Congrès a émis le vœu « que l'enseignement de la médecine légale soit officiellement donné aux étudiants en droit et sanctionné par un examen »[3].

[1] Séance du 16 août (matin).

[2] Séance du 14 août (matin).

[3] Séances des 13 et 17 août.

Digitized by Google

Il nous semble que ce dernier vœu mérite une attention spéciale. Ses termes stricts le restreignent à la médecine légale proprement dite : la discussion qui l'a précédé lui donne en réalité une portée plus large. C'est, d'une façon générale, l'étude scientifique de l'homme que l'on demande à introduire dans les facultés de droit : l'étude scientifique des sociétés y devra trouver sa place en même temps. Il est nécessaire, en effet, d'asseoir enfin l'enseignement du droit sur des connaissances scientifiques. L'on apprend fort bien, dans nos facultés, l'art d'interpréter les lois : on n'y apprend point à les faire, ni même à les bien comprendre. — La psychologie n'a pas de place dans les programmes ; l'on ignore comment naissent et se développent ces idées de justice et d'injustice, de droit et de devoir que l'on invoque à tout instant; on ignore leur valeur scientifique ; correspondent-elles ou non à quelque réalité objective, peu importe ; ce sont les principes, il faut les admettre, car nul ne vous dira, à l'Ecole, ce qu'en pense la science contemporaine. On chercherait vainement aussi sur le tableau des cours une chaire de science sociale. Les juristes ne savent point quels sont les instincts et les besoins sociaux de l'individu ; ils ne savent point ce que c'est qu'une société, quelle est sa structure, comment fonctionnent ses organes, quelles lois naturelles régissent son évolution. Néanmoins ils prétendent donner des conseils au législateur et juger de la valeur de ses décisions.

Il est grand temps, vraiment, qu'une réforme survienne qui fasse pénétrer dans ces asiles suprêmes des vérités innées et de la scolastique un peu de cet esprit scientifique auquel nous devons de si merveilleux progrès dans toutes les autres parties des connaissances humaines.

Telle a été, esquissée dans ses traits généraux, la physionomie du Congrès de 1889. On voit quels multiples objets ont appelé son attention, quels aperçus divers se sont fait jour, quels conflits d'opinion se sont produits. Néanmoins, du milieu de cette mêlée se dégagent quelques points importants sur lesquels l'accord semble près de se faire, s'il n'est déjà fait ; nous allons essayer, pour conclure, de les rappeler brièvement.

Digitized by Google

Tout d'abord, point de doute sur la méthode qui doit désormais être appliquée aux sciences criminelles; la métaphysique et les constructions *a priori* font place à l'observation et à l'expérimentation, à l'étude objective du crime et du criminel. Les savants qui ont entrepris de telles recherches ont déjà annoncé de nombreux résultats. Quelques-uns peuvent être considérés comme acquis.

L'étude du crime a permis de dégager nettement ses trois facteurs, anthropologique, physique et social. Personne, au Congrès, n'a contesté leur existence simultanée. On a différé sur leur importance respective; les uns ont admis un criminel né, les autres l'ont nié. Mais ces derniers même ont reconnu l'existence de cas pathologiques où le malade est forcément mené au crime. La divergence des opinions s'atténue ainsi : peut-être devra-t-elle disparaître dès que l'on aura précisé ce qu'il faut entendre, en cette matière, par *cas pathologique*. — D'autre part, l'observation du criminel a révélé, chez lui, la présence de nombreuses anomalies : ce point demeure constant, bien que la signification de chacune de ces anomalies, comme l'existence d'un type criminel, soient encore fort discutées.

Enfin, dans le domaine des applications pratiques, un double principe a été affirmé : c'est, en premier lieu, que les résultats de l'étude objective du criminel doivent être mis en œuvre, soit dans l'organisation du système pénal et du régime pénitentiaire, soit dans l'application des peines; c'est, ensuite, que ces nouveaux procédés exigent une éducation scientifique appropriée chez tous ceux qui s'occupent, à un titre quelconque, de leur mise en œuvre.

Ces quelques résultats peuvent paraître bien vagues; ils n'en constituent pas moins une révolution dans la science criminelle; ils établissent, dès à présent, les points fondamentaux du droit criminel de l'avenir. Sans doute, de nombreuses et d'importantes divergences subsistent; mais elles tiennent à des opinions trop exclusives; les novateurs n'ont d'yeux que pour l'idée nouvelle dont ils se font les apôtres; les opposants qui lui découvrent quelques vices la rejettent en bloc au lieu de faire un départ judicieux entre le vrai et le faux. La libre discussion fera la lumière; elle amènera les théoriciens trop simplistes, les savants qui, dans

Digitized by Google

l'ardeur de la découverte, se sont trop enfoncés dans le sillon qu'ils ont ouvert, à sortir de l'ornière, à élargir leur point de vue; elle brisera aussi les résistances en éclairant les convictions et dissipant les malentendus. Dès à présent, par l'œuvre féconde du Congrès de Paris, un terrain, où tous se rencontrent, a été délimité. Grâce à la sincérité scientifique de tous, ce champ commun s'agrandira de plus en plus. Ce sera la tâche des Congrès futurs [1].

E. GAUCKLER.

BIBLIOGRAPHIE

ÉLÉMENTS DE DROIT ROMAIN A L'USAGE DES ÉTUDIANTS DES FACULTÉS DE DROIT (t. II [2]),

par M. Gaston May, professeur de droit romain à la Faculté de droit de Nancy.

Compte-rendu par M. G. Bourcart, professeur agrégé à la Faculté de droit de Nancy.

J'ai indiqué, dans une notice précédente [3], l'esprit éminemment historique et la méthode toute personnelle du tome I des *Éléments de droit romain*, de notre collègue G. May. Les mêmes caractères persistent dans le tome II, paru cette année; on peut dire même qu'ils se sont accentués, si l'on tient compte de ce fait que ce volume est consacré en très grande partie à l'étude des obligations, et que cette étude était auparavant souvent entreprise à un point de vue presque entièrement dogmatique. La raison d'ailleurs en était simple. Les obligations du droit romain ont servi de modèle aux obligations du droit français, et les rédacteurs du Code ont imité ce modèle de très près. Il était donc infiniment naturel de traiter cette partie du droit romain à peu près comme on traiterait une législation applicable de nos jours; en somme, on n'était pas très éloigné de la vérité, et les détails de la comparaison avec le droit français, loin d'être superflus, aboutissaient à développer la connaissance de notre législation nationale. M. May n'a eu garde de négliger cette comparaison féconde; il rapproche fréquemment les règles anciennes

[1] Le 3e Congrès se tiendra à Bruxelles en 1892.

[2] Paris, 1890.

[3] *Revue critique*, 1889, p. 150 et ss.

Digitized by Google

des dispositions les plus récentes : je trouve, par exemple (p. 136, n. 8), la loi du 6 août 1884 citée à propos des vices rédhibitoires. Seulement notre collègue recherche moins les rapprochements des textes et des détails, — qui, à tout prendre, n'ont qu'une portée en quelque sorte matérielle, limitée, troublante même pour les débutants aisément enclins à confondre les deux législations, — que la comparaison des institutions dans leur ensemble, dans leur esprit. Et alors revient le principe toujours le même : on ne peut connaître exactement une institution, qu'après en avoir dégagé l'origine, l'évolution historique, l'avoir replacée dans son milieu. Cette conclusion s'impose aujourd'hui même à ceux qui partent du point de vue exégétique; je dirai même qu'il est, à un certain égard, particulièrement utile d'insister sur l'historique des dispositions qui se retrouvent aujourd'hui, à cause du danger de les défigurer, en leur prêtant une tournure moderne. Le danger n'est pas à craindre pour les règles disparues; pour les autres, la méprise est possible.

Il ne peut être question de fournir ici que quelques indications du développement historique donné par l'auteur à son exposé des obligations et des actions. L'exemple le plus topique peut-être est celui de l'histoire de l'obligation (p. 7 et ss), que suit l'histoire des contrats (p. 20 et ss.), précisée par l'explication de l'élément formel des contrats, généralement désigné sous le nom de *causa civilis* (p. 24 et ss.); plus tard, l'histoire des délits, en remontant à la notion primitive de la vengeance privée (p. 232 et ss.). Notez que cela n'empêche point de donner l'historique de chaque contrat ou délit spécial. Je signalerai particulièrement l'histoire du *mutuum* (p. 52 et ss.), de la stipulation (p. 81 et ss.), du contrat *litteris* (p. 98 et ss.), de la vente (p. 113 et ss.). En réunissant en un seul chapitre ces divers aperçus, et en y joignant ce qui est dit, p. 303 et ss., de la conception première de l'obligation, de son intransmissibilité, du principe de la non représentation, il me semble que l'on obtiendrait un tableau court, précis, d'un intérêt sociologique considérable, et de grand prix pour le juriste aussi bien que pour l'historien ou le philosophe. Il ne me paraît pas non plus possible d'omettre l'exposé très complet de la dot (p. 205 et ss.), le développement historique de la

Digitized by Google

procédure (p. 446 et ss.), — la transformation lente d'un régime qui sort de la justice privée et où les parties ont l'initiative et accaparent toute la direction de l'affaire, en un système, où le magistrat, représentant de la société, prend un rôle de plus en plus prépondérant, à mesure que celui des particuliers s'efface ; l'histoire de la compensation (p. 341 et ss.), et celle de l'exception (p. 488 et ss.), dont l'introduction dérive, en somme, des mêmes principes — l'unité d'acte ou d'action au début, qui, progressivement fait place à la complexité.

Les investigations historiques ont pour objet principal de déterminer exactement la physionomie juridique des institutions, d'expliquer leur adoption dans la pratique. Il est évident que ces explications ne vont pas sans quelques conjectures et de ces conjectures, les unes sont très admissibles, d'autres paraissent plus hardies. A moins de se réduire à ne pas expliquer, il était impossible d'éviter cela, et il me paraît que, pour des étudiants, une explication, même hypothétique, vaut mieux que le vide. Par exemple, l'auteur explique (p. 100 et 101) l'introduction du contrat *litteris* en faisant dérouler *l'expensilatio* des *nomina arcaria*, par la seule substitution de la fiction à la réalité. Dans la fidéjussion, la loi Cicereia (p. 397) vient déjouer un calcul des créanciers, cherchant à éluder les exigences de la loi Furia ; elle prend ainsi tout naturellement sa place dans l'exposé d'ensemble. On peut ranger au nombre des hypothèses, ou, mieux, des opinions personnelles, la doctrine sur le dol (p. 36 et ss., p. 258 et ss.) où l'auteur reconnaît, très justement, à mon sens, que le dol n'est pas à Rome proprement un vice du consentement, mais un délit d'une nature particulière. Je ne puis aborder la théorie des condamnations pécuniaires : cette question, dont les racines plongent dans l'obscurité des origines, n'est pas encore arrivée à maturité, et cela m'entraînerait trop loin : je crois, pour ma part, fermement, et depuis assez longtemps, que les vues générales indiquées par M. May sont exactes, et j'ai la persuasion qu'elles seront plus tard vérifiées, au moins dans leur ensemble.

Deux exemples suffiront à marquer le caractère personnel de la méthode. On n'est guère habitué à voir traiter sous une même rubrique, les arrhes et la clause pénale, et cependant elles ren-

Digitized by Google

trent les deux dans la catégorie des « garanties contre l'inexécution provenant de la négligence ou de la mauvaise foi du débiteur » (p. 390). De même l'auteur réunit (p. 587 et ss.) sous un même titre les stipulations pétoriennes, les interdits et la *restitutio in integrum*, en quoi il se rencontre avec le regretté professeur d'Edimbourg, Muirhead, *Introduction historique au droit privé de Rome*, § 73 (p. 468 et ss. de la traduction française).

Si je passe aux critiques, j'en trouve quelques-unes à faire, dont aucune, à la vérité, n'est générale. Je suis mal satisfait de la désignation donnée aux choses qui peuvent faire l'objet d'un *mutuum*. L'auteur paraît bien déclarer (p. 57) que ces choses — « *res quæ pondere, numero mensurave constant* » — sont les choses de genre, et, p. 58, il dit formellement « que les choses de genre sont seules susceptibles de faire l'objet d'une *mutui datio* ». Les corps certains ne pourraient-ils donc point faire l'objet d'un *mutuum?* Ce serait difficile à soutenir, en supposant, bien entendu, des corps certains susceptibles d'être remplacés, au moment du remboursement, par des équivalents parfaits [1]. Je vais même plus loin, et j'incline à dire que le *mutuum* porte toujours sur des corps certains, puisque les choses, qui en sont l'objet, sont toujours individualisées, au plus tard au moment même du contrat, par la remise matérielle qui en est faite. Mon avis est que mon collègue, M. May, a été entraîné dans cette voie par la loi II, 1, Dig. XII, I, *De rebus creditis*, dont les termes cependant sont moins accentués que les siens. Je n'aperçois pas du tout la nécessité de traduire la locution « *res quæ pondere, numero mensurave constant;* mais, si on veut le faire, il me paraît essentiel d'éviter les expressions « choses de genre, » « choses fongibles », qui ne sont pas d'une exactitude rigoureuse [2]. — Il me paraît aussi que, dans l'exposé de la procédure *per sponsionem*, le langage a dépassé l'intention de l'auteur. Il semblerait

[1] MM. Aubry et Rau, t. IV, § 394, note 2, reconnaissent parfaitement que « si d'ordinaire le prêt de consommation a pour objet une certaine *quantité* de choses, il peut cependant aussi porter sur une *chose déterminée*, que l'emprunteur est autorisé à consommer. » Comp. t. II, § 166, note 3.

[2] Comp. Accarias, t. II, p. 396, 397, texte et note 1. — J'ai, pour mon compte, l'habitude d'employer le mot « quantités » .Comp. Aubry et Rau, *loc. cit.*, note 1.

Digitized by Google

indiquer en effet qu'il y avait une « double promesse », une *sponsio* et une *restipulatio* (p. 468); or, si cela est vrai de la procédure *per sponsionem* des interdits, nous savons par Gaius (IV, 94) que la revendication ne comportait qu'une *sponsio* et pas de *restipulatio*. La nuance aurait, ce me semble, dû être marquée dans l'exposé général de la procédure *per sponsionem;* elle ne ressort que d'une citation très brève du passage de Gaius (p. 558, note 2), et cela n'est guère suffisant. — Enfin, p. 597 la note 2 signale cet avantage de l'interdit *quorum bonorum*, que le demandeur « n'est pas tenu de prouver que les choses dont il réclame la possession appartenaient en propriété au défunt. » L'argument *a contrario* conduirait à dire que le demandeur en pétition d'hérédité est tenu de faire cette preuve, ce qui serait contredit par la loi 19 pr., Dig. V, III, *De hered. petit.*

Ces critiques faites — et elles n'ont qu'une portée très restreinte — il est permis de dire que ce second volume a largement tenu les promesses du premier. Déjà, on a remarqué que l'ouvrage, dans son ensemble, s'adaptait parfaitement aux programmes nouveaux de l'enseignement du droit romain. C'est dire qu'il répond au mouvement actuel et à la tendance des esprits; et il y répond, sans sacrifier en rien le rôle capital du droit romain dans l'éducation juridique. Tout au contraire : le relief des principes et la hiérarchie longuement méditée des idées et des faits donnent un caractère à la fois scientifique et simple, qui est évidemment le but où doit tendre l'enseignement d'un droit, qu'on ne saurait commenter aujourd'hui comme une législation en vigueur, mais que l'on doit envisager comme un modèle et un exemple.

G. BOURCART.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris. — Imp. F. Pichon, 282, rue Saint-Jacques, et 24 rue Soufflot.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE COMMERCIALE

(Année judiciaire, 1888-1889).

Par M. Henry Bonfils, professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

En terminant notre précédent examen doctrinal[1], nous exprimions le désir de voir la jurisprudence de nos Cours ne plus s'attacher à la qualité du prêteur pour déterminer le caractère des prêts consentis par des banquiers ou des commerçants à des personnes étrangères aux spéculations commerciales. Nous pensions que la qualité de négociant chez le prêteur ne suffit pas, *par elle seule*, pour rendre le prêt commercial. — Le changement de front que nous souhaitions est commencé. La chambre criminelle de la Cour de cassation est entrée dans la nouvelle voie. La Cour de Lyon l'y a suivie. (Cass. crim. 2 juin et 9 novembre 1888. — Lyon, 3 juin 1889, *Sir.* 1889. 1. 393; 1890. 2. 41, *et les notes de M. Lyon-Caen*). — Nous espérons que les juridictions civiles n'hésiteront pas à imiter les juridictions criminelles.

§ 1er. — *Sociétés par actions.*

Dans une société en commandite par actions (ou dans une société anonyme) des actionnaires, agissant en leur nom personnel pour le compte et dans l'intérêt de la société, ne sont pas fondés à intenter contre le gérant (ou les administrateurs) une action en dommages-intérêts en réparation de fautes commises dans la gestion de la société ; une semblable action est irrecevable de leur chef comme présentant toujours le caractère social. (Civ. cass. 12 août 1889.— *Annales de Droit com.*, 1889, p. 247).

La doctrine et la jurisprudence ont, depuis plusieurs années, soigneusement distingué deux sortes d'actions dirigées par des actionnaires contre les gérants de sociétés en commandite ou contre les administrateurs de sociétés anonymes. — 1° L'action personnelle *ex delicto*, basée sur l'art. 1382, C. civ., née à l'occasion d'opérations ou d'agissements particuliers ayant causé directement préjudice à tel ou à tel individu, sans que la société, l'être moral ait ressenti le même dommage. Par exemple, à la suite de manœuvres pratiquées à son détriment, un actionnaire a été induit à acheter des actions, à devenir membre de la société, à augmenter sa part dans l'actif social, ou à vendre ses actions,

[1] *Revue crit.*, 1889, p. 383 et s.

Digitized by Google

à sortir de la société d'une façon préjudiciable à ses intérêts, etc. — L'actionnaire ainsi trompé et lésé par les actes mensongers ou irréguliers des administrateurs, est parfaitement recevable à agir isolément. Le droit d'agir est *individuel :* il appartient *respectivement* à chaque actionnaire dans la mesure de la lésion par lui subie. Cette action, l'assemblée générale ne peut ni l'exercer, ni y renoncer[1].

2° L'action *mandati* fondée sur la responsabilité encourue à raison de fautes commises dans l'accomplissement de leur mandat par les administrateurs, mandataires de la société, de l'être collectif.

On a beaucoup disserté et plaidé sur cette action. La jurisprudence, jusqu'à l'arrêt ci-dessus visé, inclinait à admettre une solution, séduisante à première vue, contraire néanmoins aux principes fondamentaux de la matière des sociétés commerciales.

Plusieurs arrêts admettaient le dédoublement de l'action de mandat, en une action *sociale* au profit de la Société, de l'être moral régulièrement représenté, et en une action *individuelle* au profit de chaque actionnaire dans la mesure de sa part. On en concluait que chacun des actionnaires ou plusieurs d'entre eux réunis pouvaient exercer cette action de leur propre chef, en agissant *ut singuli* dans la limite de leur intérêt personnel et exclusif, sans empiéter pour cela sur l'action sociale tendant au même but dans l'intérêt de tous[2]. Mais (par une contradiction évidente à nos yeux) cette action individuelle s'éteignait par voie réflexe, par une sorte de répercussion, n'était plus recevable de la part d'un ou de plusieurs actionnaires, lorsque l'action sociale s'était elle-même éteinte. La société a déjà poursuivi et fait condamner les administrateurs à des dommages-intérêts, ou bien au contraire les administrateurs sont sortis indemnes du procès. L'assemblée générale a correctement approuvé les comptes rendus, ou donné décharge aux adminis-

[1] Paris 22 avril 1870, — Cass., 7 mai 1872, 9 juin 1874, 27 mars 1878, 3 décembre 1883. — Orléans, 20 mars 1884. — Cass., 23 février et 18 mai 1885 (*Sir.* 1885. 1. 9,337, 443 et les notes de M. Labbé). — Paris, 6 mai 1885 (D. P. 1886. 2. 25 et la note de M. Thaller).

[2] Laurin, *Cours de D. com.*, 2e édit., n° 365 — Paul Pont, *Sociétés*, t. II, n° 1706.

Digitized by Google

trateurs de leur responsabilité, ou transigé à de certaines conditions sur les dommages-intérêts dont ils se sont reconnus débiteurs. Dans tous ces cas et autres analogues, les actionnaires sont liés. Nul ne peut individuellement, même pour sa part, inquiéter les administrateurs libérés ou leur demander un supplément d'indemnité. « Maîtresse absolue de son action *man-* « *dati*, la société peut en disposer librement, disait la Cour de « Rouen, le 13 juin 1887 (*Sir.* 1889. 1. 364); l'action sociale « une fois éteinte par voie de transaction, de renonciation ou « autrement ne peut revivre au profit d'un actionnaire l'exer- « çant *ut singuli* [1]. »

Dans l'arrêt du 3 décembre 1883 (*Sir.* 1885. 1. 97), la Chambre des requêtes s'était abstenue de se prononcer sur la question fondamentale, sur la question de la recevabilité de la poursuite isolée des actionnaires. Elle ne repoussait pas davantage la thèse de la non-recevabilité. Elle laissait la question en suspens et se contentait, se référant exclusivement à l'espèce qui lui était soumise, de rejeter la demande de l'actionnaire par le triple motif qu'un article des statuts sociaux y faisait obstacle, que la société, dûment représentée, avait éteint l'action sociale par une transaction et que le demandeur avait cessé d'être actionnaire.

La même Chambre des requêtes suivait une marche semblable dans l'arrêt du 23 février 1885 (*Sir.* 1885. 1. 337). Laissant encore à l'écart la question de principe, elle repoussait la prétention des actionnaires en s'appuyant à la fois sur l'absence de dommage propre et particulier souffert par les demandeurs et sur le *quitus* donné aux administrateurs par l'assemblée générale du *Crédit rural.*

La Chambre des requêtes persistait à ne pas sortir de sa réserve et se contentait, dans l'arrêt du 9 juillet 1888 (*Sir.* 1889. 1. 361.), de déclarer l'action sociale éteinte et par suite l'action individuelle irrecevable à raison de la décharge consentie aux administrateurs par l'assemblée générale de la *Banque Rouennaise.*

Mais la Cour n'avait-elle pas fait un pas en avant dans les

[1] Paris, 1er juillet 1879, 11 juillet 1882, 30 juin 1883. — Rouen, 30 mars 1885 et 13 juin 1887. — Cass., 21 juin 1881 et 9 juillet 1888. (*Sir.* 1885. 1. 107 et 1889. 1. 362).

Digitized by Google

deux arrêts du 28 mai 1889? (*Sir.* 1890. 1. 9.). Un groupe d'actionnaires poursuivait à la fois le gérant d'une société en commandite pour fautes graves commises dans sa gestion et les membres du conseil de surveillance pour défaut de vigilance, absence de vérifications des livres et du portefeuille, confiance aveugle dans le gérant. C'était bien l'action de mandat qui était mise en jeu, tant contre le gérant que contre les membres du conseil de surveillance. Le 2 août 1886, la Cour de Rennes avait condamné et le gérant et les membres du conseil au profit des actionnaires demandeurs, en énumérant soigneusement les fautes commises au cours de la gestion. — Deux pourvois étaient diriges contre cet arrêt, l'un par le gérant, l'autre par les membres du conseil. La chambre des requêtes, rejetant les deux pourvois, disait : « Attendu que ces faits, souverainement constatés par les « juges du fond, constituaient des fautes lourdes et qu'en con- « damnant le demandeur à la réparation du préjudice, l'arrêt « attaqué, loin de violer aucun des articles visés au pourvoi « art. 1134, 1137, 1992, C. civ.), a fait une juste application des « *principes* de la matière... ..... Attendu qu'en déclarant, par « suite, les membres du conseil de surveillance, dont la bonne « foi d'ailleurs et l'honorabilité ont été reconnus, responsables « en une certaine mesure du préjudice éprouvé par les action- « naires, l'arrêt attaqué, loin de violer la loi, n'a fait qu'appliquer « les *conséquences légales* des faits par lui souverainement cons- « tatés..., etc. »

Voilà, si nous ne nous abusons, nettement consacrée l'opinion qui accorde aux actionnaires l'action sociale *mandati* dans la mesure et la limite de leur intérêt personnel, qui fait de cette action une action individuelle. La Cour, il est vrai, n'affirme pas la thèse *ex cathedrâ*. Comme le constatait M. le conseiller Babinet, lors de l'arrêt du 18 mai 1885, sa jurisprudence (en notre matière) a toujours été fort prudente : elle évite de poser des principes absolus et trop généraux. La Cour se contente de rendre des décisions d'espèces. — Oui, mais les décisions d'espèces ont par elles-mêmes une dangereuse facilité d'entraînement. Elles engendrent des illusions qui voilent la profondeur de la descente. On atteint le bas de la colline, quand on croyait s'arrêter à mi-

Digitized by Google

chemin. — La Cour n'affirmait pas solennellement la thèse : mais elle l'appliquait et par suite l'adoptait implicitement.

Tel était l'état de la jurisprudence, — lorsque la chambre civile est venue, par l'arrêt du 12 août 1889, contredire l'opinion de la chambres des requêtes et de plusieurs Cours d'appel et opérer un changement de front d'autant plus accentué, que la décision de la Cour est un arrêt de cassation. Il y a contradiction formelle de la jurisprudence antérieure.

Un mot sur l'espèce. Dans une société en commandite par actions, quelques membres du conseil de surveillance, agissant tant en cette qualité qu'en leur *nom personnel* et en qualité *d'actionnaires*, intentaient au gérant une action complexe en révocation et en dommages-intérêts. — Sur le premier chef de la demande ayant pour but de retirer au défendeur son pouvoir de gérance, le caractère indivisible d'une mesure devant produire effet à l'égard de tous les actionnaires *in globo* impliquait nécessairement l'irrecevabilité de la demande de personnes agissant sans mandat de la collectivité. — Mais le second chef de la prétention, — demande de dommages-intérêts pour faits de gestion, mettait directement en jeu la question de droit qui nous occupe. La chambre civile, sur ce point, s'exprime ainsi : « Attendu que « l'action en révocation d'un gérant de société est évidemment « une action sociale.....; qu'il en est de même de l'action inten- « tée contre le gérant en réparation du préjudice causé à la so- « ciété pour faute commise dans sa gestion, car il s'agit alors « d'un dommage subi par la collectivité des associés dans l'exé- « cution du mandat social; — Attendu que l'exercice de telles ac- « tions ne pouvait appartenir à Chantrot et consorts, ni en leur « qualité de membres du conseil de surveillance, ni en leur *qua- « lité d'actionnaires* : .....Attendu qu'ils n'étaient pas mieux fon- « dés à intenter ces actions en agissant en *leur nom personnel* « et comme *actionnaires*, pour le compte et dans l'intérêt de la « société; qu'en effet si, en certains cas spécialement déterminés « par l'art. 17 de la loi de 1867, un actionnaire peut agir en res- « ponsabilité contre le gérant, c'est seulement lorsque son intérêt « propre, *distinct* de celui de la collectivité des actionnaires, a « été lésé par les fautes de la gestion; ..... Casse. »

Digitized by Google

Nous ne pouvons qu'adhérer à cette importante décision, qui, au double point de vue théorique et pratique, offre un intérêt de premier ordre. — Pratiquement, la solution, expressément ou implicitement admise par les arrêts antérieurs, avait été adoptée sous l'influence du désir de donner aux actionnaires, dans l'intervalle d'une assemblée générale à l'autre, un moyen de pression, d'intimidation envers des administrateurs imprudents. Mais elle présentait le très-grave inconvénient de permettre à un actionnaire de discréditer par son attitude la société dont il était membre, de contraindre tel ou tel administrateur à démissionner à l'effet de le remplacer, de se faire acheter chèrement son silence ou le retrait de son action. Que de chantages, en fait, ont été favorisés par cette doctrine imprudente ! — Le nouvel arrêt assure le paisible fonctionnement des sociétés par actions et les abrite contre de malhonnêtes tentatives.

En théorie, la thèse, rejetée par l'arrêt du 12 août 1889, se heurtait directement aux principes qui régissent le mandat, les sociétés commerciales et l'exercice des actions en justice. Elle avait été magistralement réfutée par M. Labbé, dans ses annotations sur les arrêts de la Cour de cassation des 3 décembre 1883 et 23 février 1885 (*Sir.* 1885. 1. 97 et 337.) Nous n'essaierons pas de résumer ces dissertations aussi complètes que profondes, aussi fines que judicieuses. Nous y renvoyons le lecteur.

La question est régie par des principes simples. On peut s'étonner de les voir si longtemps méconnus. — L'action en responsabilité, née à la suite de fautes commises par les administrateurs dans l'exercice de leur mandat, ne peut appartenir qu'au mandant. Or ce mandant est unique ; c'est la société, l'être juridique, la personne morale, agissant par l'intermédiaire de l'assemblée générale qui nomme et révoque les administrateurs. Sa personnalité est distincte et séparée de la personne des divers associés. Elle ne se compose pas de l'addition des personnalités des actionnaires. Ceux-ci ne sont pas des fractions de l'être moral. L'administrateur n'a pas deux espèces de mandants, l'être moral et chacun des actionnaires. L'action à diriger contre lui pour non-exécution de mandat est une action sociale : elle appartient à la société seule. La personnalité juridique reconnue aux

Digitized by Google

sociétés commerciales conduit nécessairement à faire refuser l'exercice des actions sociales à des actionnaires isolés. Sociale de sa nature, une action ne devient pas individuelle par cela seul qu'un actionnaire se borne à conclure dans son exclusif intérêt et dans les limites de sa part dans la société[1]. — Si chaque actionnaire avait, dans cette mesure, le titre et les droits d'un mandant, comment concevoir qu'il pût être déchu de son droit par la volonté de ses coïntéressés ? Comment son droit individuel pourrait-il lui être enlevé par l'exercice ou par l'extinction du droit d'autrui, d'une autre personne ?

L'arrêt du 12 août 1889 ne sera-t-il pas critiqué et combattu ? Ne dira-t-on pas que les art. 17 et 39 de la loi du 24 juillet 1867, autorisant des actionnaires représentant au moins le vingtième du capital social à se syndiquer et à nommer un mandataire unique dans un intérêt commun, ont visé justement l' « action sociale *mandati*. Les mots, *sans préjudice de l'action que chaque actionnaire peut intenter individuellement en son nom personnel*, n'indiquent-ils pas par leur rapprochement de la disposition qui les précède, que le législateur reconnaît à chaque actionnaire le droit d'intenter individuellement, dans son intérêt personnel, une action sociale[2]?

Il nous paraît aisé de répondre que l'art. 17 déroge uniquement au principe qu'on ne peut plaider par procureur. Il règle l'exercice d'une action déjà existante, mais il ne la crée pas. Il suppose que des actionnaires peuvent avoir le droit d'agir contre les gérants ou les administrateurs : mais il ne détermine pas, il n'a pas pour objet de déterminer les cas dans lesquels les actionnaires ont ce droit. Il laisse la question entière. C'est en dehors de lui qu'elle doit être résolue. Pour que la disposition de cet article se comprenne, il suffit qu'il y ait des cas dans lesquels les actionnaires ont incontestablement le droit d'agir isolément contre les administrateurs. Ces cas existent. Des actionnaires isolés peuvent demander la nullité de la société pour vice dans sa constitution, réclamer des dommages-intérêts à raison de cette nullité, provoquer la dissolution pour perte du capital, etc. Le prin-

[1] Paul Pic. — *Faillite des soc. com.*, pp. 100 et s.

[2] Laurin, *loc. cit.*

Digitized by Google

cipe de l'action existe en dehors des art. 17 et 39 de la loi de 1867. Ces textes sont étrangers à sa naissance. Ils ne peuvent être utilisés pour résoudre la question de savoir si une action sociale par sa cause et par son objet peut être exercé à titre individuel, dans la limite de son intérêt, par un actionnaire.

Lorsque les actions d'une société anonyme ont été, après versement de moitié et en vertu d'un vote de l'assemblée générale, converties en actions au porteur, qui doit-on, en cas d'appel de fonds, considérer comme DÉTENTEUR ACTUEL d'actions, tenu personnellement comme tel d'effectuer les versements complémentaires? — Lyon, 2 mai 1888. — Paris, 24 mars 1888, 4e ch. — Aix, 25 février 1889. — Paris, 30 mars 1889, 3e ch. et 23 juillet 1889, 1re ch. (*Sirey*, 1890. 2. pp. 177, 180, 181).

L'interprétation de l'art. 3 de la loi du 24 juillet 1867 a suscité de nombreuses controverses dans la doctrine, de non moins nombreuses divergences dans la jurisprudence. Plusieurs sont aujourd'hui apaisées et résolues. Il en existe encore.

La question ci-dessus indiquée implique, *a priori*, l'adoption de la solution donnée par la Cour de cassation à la plus grave, à la plus importante difficulté soulevée par l'art. 3.

Après la délibération de l'assemblée générale autorisant, conformément aux statuts sociaux, la conversion des actions nominatives libérées de moitié en actions au porteur, des personnes ont acquis des actions et ne les ont point aliénées, quand des versements sont réclamés. Ces détenteurs actuels sont-ils tenus *personnellement* d'opérer les versements demandés, ou le droit de la société en commandite ou anonyme se borne-t-il à pouvoir *exécuter* en Bourse, à faire vendre les titres sur lesquels les versements complémentaires n'auront pas été effectués? La plus vive controverse existe sur ce point. — De savants auteurs, aux opinions desquels est attachée une autorité incontestée, pensent et enseignent que les détenteurs actuels ne sont pas *personnellement* débiteurs des versements restant à opérer, restreignent le droit de la société à l'exécution en Bourse des titres non libérés [1]. Dans cette doctrine, la question ci-dessus ne peut naître.

[1] Boistel, *Précis de droit com.*, n° 265. — Lyon-Caen et Renault, *Précis de Droit com.*, 1re édition, n° 431; — Beudant, *Revue critique*, 1880, p. 28 et 1. — P. Pont, *Journal des Sociétés*, 1881, p. 233; 1882. p. 24, etc.; p. 178 et s.

Digitized by Google

Mais la Cour de cassation a admis l'obligation personnelle des détenteurs actuels d'actions. (Cass. 21 juill. 1879. — *Sir.* 1880. 1. 5 *et la note de M. Labbé*). « Le changement apporté à la « forme des titres, dit-elle, rend plus difficile, en fait, la re- « cherche et la preuve de leur transmission ; mais ceux auxquels « ils appartiennent n'en doivent pas moins rester soumis, quand « ils sont connus, aux obligations inhérentes à leur qualité d'as- « sociés. » Elle ajoute, le 29 juin 1885, que « la transmission « qui est faite d'un titre au porteur a simplement pour effet de « rendre le nouveau porteur membre de la société anonyme et « de l'obliger envers elle, les droits que lui confère sa qualité « d'associé étant inséparables des obligations qu'elle impose. » — « L'obligation de libérer l'action par les versements complé- « mentaires est essentiellement inhérente au titre et incombe à « celui qui en est détenteur. » (Ch. civ. rejet, 3 janvier 1887. — *Sir.* 1887. 1. 269).

La doctrine, admise par la Cour suprême, une fois adoptée, se soulève alors la question de savoir qui, au cas de cessions successives d'actions non entièrement libérées et mises au porteur, doit être considéré comme détenteur actuel, à qui incombe l'obligation personnelle d'effectuer les versements complémentaires.

Trois opinions se sont fait jour dans la jurisprudence des Cours d'appel. — 1° La Cour de Paris (30 mars 1889, 3e chambre, et 23 juillet 1889, 1re chambre), admet que le détenteur actuel est celui qui détient des actions non libérées au moment où il y a mise en demeure personnelle résultant d'une sommation ou d'une assignation. — 2° La Cour de Lyon (2 mai 1888), pense qu'il faut considérer comme détenteur actuel, celui qui possédait les actions au moment où l'appel de fonds prescrit par la délibération du conseil d'administration est devenu exigible. — 3° La Cour d'Aix (25 février 1889), décide, au contraire, que doit être pris comme détenteur actuel celui qui possède au moment du vote de l'assemblée générale ou du conseil d'administration, prescrivant la libération des actions. (*Junge*, Paris, 24 mars 1888, 4e chambre).

A laquelle de ces trois opinions, faut-il adhérer ?

Digitized by Google

S'il est de l'essence des titres au porteur de pouvoir circuler de main en main, sans laisser aucune trace, si, en principe, l'obligation du détenteur d'un titre de ce genre cesse avec la cession qui en est faite, — néanmoins à un moment donné, l'obligation de libérer les titres, de verser le complément de leur valeur nominale doit, au regard de la société, s'attacher définitivement à une personne déterminée et n'en plus pouvoir être détachée par une cession postérieure.

Quel est ce moment? Il ne peut être que celui de *l'exigibilité* de la dette. Une dette doit être acquittée par celui qui en est débiteur, au moment où elle devient exigible. A ce moment seulement, le créancier peut réclamer la prestation promise. A l'échéance, mais pas avant l'échéance, le débiteur est tenu de satisfaire le créancier. S'il ne paie pas volontairement et spontanément, la sommation ou l'assignation, qui lui sera donnée au nom du créancier, ne fait que lui rappeler son devoir, le mettre en demeure de l'accomplir; mais cette assignation ne donne pas naissance au devoir : elle le suppose existant, déjà né à la charge de la personne assignée. Elle constate l'inaction du débiteur, le menace des mesures coercitives que la loi met à la disposition des créanciers, mais elle puise sa raison d'être dans l'inaccomplissement d'un devoir qu'elle ne saurait engendrer. Elle ne peut trouver en elle-même sa cause et son fondement. Tout au contraire, la sommation ou l'assignation supposent nécessairement que la dette est déjà exigible. *Qui a terme ne doit rien*, dit le populaire. A qui a terme, on ne peut rien demander. Ce sont là notions élémentaires. — Avec notre savant collaborateur, M. Lyon-Caen (*note dans Sirey*, 1890. 1. 177), nous repoussons donc la solution admise par la Cour de Paris dans ses arrêts du 30 mars et du 23 juillet 1889.

Recherchons alors comment se détermine l'*exigibilité* des versements complémentaires à effectuer sur les actions au porteur partiellement libérées. Deux hypothèses sont possibles.

Première hypothèse. — Les statuts d'une société en commandite par actions ou d'une Société anonyme déterminent par avance les dates auxquelles les versements fractionnés du montant des troisième et quatrième quarts devront être opérés par les

Digitized by Google

actionnaires. La dette de ceux-ci envers l'être moral, la société, est une obligation à *terme certain*. L'époque d'exigibilité est connue d'avance. Les détenteurs actuels sont ceux qui détiennent les actions à la date statutairement fixée. Il ne peut y avoir d'hésitation sur ce point. Si ces détenteurs n'effectuent pas les versements indiqués, la société pourra les sommer ou les assigner.

Ces détenteurs actuels, la société aura peut-être, presque sûrement, quelque difficulté à les connaître. Les titres auront circulé depuis leur mise au porteur. Les souscripteurs primitifs, les cessionnaires antérieurs à la conversion seront peut-être libérés par l'expiration du laps de deux ans, pourvu qu'ils justifient qu'ils ne sont plus détenteurs, qu'ils ont aliéné leurs actions. Peut-être les auront-ils aliénées quelques jours avant l'échéance statutaire, pour échapper à la nécessité du versement. Il n'importe. Ces faits ne modifient ni l'époque de l'exigibilité, ni le caractère propre d'une assignation. — Cette première hypothèse est rare en pratique : elle n'est pas impossible.

Deuxième hypothèse. — Les statuts étant muets sur l'époque des versements futurs, c'est une délibération de l'assemblée générale des actionnaires ou du conseil d'administration qui fixera ultérieurement cette époque, en invitant les actionnaires à verser. L'obligation des actionnaires est une dette à *terme incertain* et non une obligation conditionnelle, comme le disait à tort la Cour de Paris, le 24 mars 1888. L'obligation existe dès le jour de la souscription, mais sa réalisation est reculée à une époque indéterminée. Cette époque, la délibération de l'assemblée générale ou du conseil d'administration la fixe et la détermine. D'incertain qu'il était, le terme, apposé comme modalité à la dette de l'actionnaire, devient certain. On sait désormais (comme on a toujours su dans la précédente hypothèse), quel jour les actions devront être entièrement ou partiellement libérées du troisième ou du quatrième quart. « Ce terme, ce n'est pas le jour du vote « par lequel l'assemblée ou le conseil prend la résolution de « faire appel à la bourse des actionnaires, pas plus que la date à « laquelle cette décision est portée à la connaissance du public, « mais seulement la date fixée par l'exigibilité de ces verse-

Digitized by Google

« ments. C'est à ce moment que l'actionnaire dont l'engage-
« ment ne s'est jamais trouvé suspendu, devra l'exécuter. »
— Ainsi s'exprimait justement la Cour de Lyon, le 2 mai 1888. La solution par elle adoptée nous paraît seule conforme aux principes généraux du droit.

Plusieurs objections sont formulées contre cette solution. — Des actionnaires prévenus par l'appel de fonds ne vont-ils pas se hâter de céder leurs actions avant la date à laquelle doivent avoir lieu les versements, pour échapper à toute obligation personnelle. — Oui, cela est possible; c'est même fréquent. Mais n'en est-il pas de même, la situation n'est-elle pas semblable, la possibilité de s'exonérer des versements futurs identique dans la première hypothèse? Lorsque les statuts fixent l'époque de l'exigibilité, les actionnaires ne peuvent-ils pas aussi céder leurs actions quelques jours avant la date indiquée? L'inconvénient n'est-il pas le même? Pourquoi la position d'un actionnaire, placé, dès la fondation de la société, en présence d'un terme certain, serait-elle autre et meilleure que celle de l'actionnaire qui, tenu d'abord à terme incertain, voit ce terme se fixer et devenir certain? Pourquoi le premier pourrait-il se libérer de toute obligation en cédant ses actions avant l'échéance du terme, et pourquoi le second ne le pourrait-il pas? Notre esprit n'aperçoit pas la raison d'une différence. L'appel de fonds, dans la deuxième hypothèse, ne fait que fixer l'échéance du terme, la date de l'exigibilité, comme la détermine, dans la première hypothèse, la clause insérée aux statuts sociaux.

Si, avec la Cour de Paris (24 mars 1888) et la Cour d'Aix (25 février 1889), on veut, dans la seconde hypothèse, s'attacher au moment de l'appel de fonds pour déterminer quel est le détenteur actuel d'actions, la logique n'exige-t-elle pas que dans le premier cas on se réfère à la date de la clause qui constitue un véritable appel de fonds, à la date des statuts sociaux fixant les époques des versements ultérieurs? N'est-ce pas alors qu'a été donné l'avertissement aux actionnaires? On arrive ainsi à la violation flagrante de l'art. 3 de la loi du 24 juillet 1867. Les personnes avisées par cet appel de fond primordial seraient les souscripteurs, et ceux-ci seraient tenus d'effectuer les verse-

Digitized by Google

ments aux époques indiquées, bien qu'ils eussent cédé leurs actions et qu'il se fût écoulé plus de deux années depuis la transformation régulière des actions nominatives en titres au porteur. Ce résultat, que nul ne saurait admettre en présence des dispositions formelles de l'art. 3 de la loi du 24 juillet 1867, condamne la thèse qui y conduit. Nous ne pouvons donc approuver les deux arrêts précités.

La Cour de Paris (24 mars 1888) élève une nouvelle objection. « L'exercice de l'action personnelle serait illusoire, s'il était per« mis aux associés de se décharger de leur dette en la passant à « des cessionnaires inconnus et insolvables, pendant le temps « qui s'écoule entre l'appel de fonds et l'expiration du délai « imparti pour opérer le versement. » Cette objection vient encore se heurter indirectement à l'art. 3 de la loi de 1867. Est-ce que dans la première hypothèse les souscripteurs primitifs et les cessionnaires antérieurs à la conversion ne peuvent pas, eux aussi, une fois deux années écoulées depuis cette conversion, se décharger de leur dette en la passant à des cessionnaires inconnus et insolvables quelques jours avant l'échéance fixée dans les statuts sociaux? — La difficulté qu'éprouve la société anonyme à découvrir les détenteurs actuels tenus d'une obligation personnelle est la même dans un cas comme dans l'autre. Dans l'un comme dans l'autre, c'est une question de preuve qui surgit. Dans l'un comme dans l'autre, c'est au défendeur, dès qu'il est établi qu'il a été détenteur d'actions à un certain moment, à prouver que par suite de la cession de ces actions il n'est plus détenteur à l'époque de l'exigibilité et que par conséquent nulle obligation personnelle ne lui incombe. (V. notes de M. Lyon-Caen, sons Cass. 29 juin 1885 et de M. Naquet sous Aix, 3 décembre 1888, *Sir.* 1886. 1. 17 et 1889. 2. 25).

Toutes ces difficultés, source féconde de procès, s'évanouiraient et d'autre part la réalisation effective du capital social serait mieux assurée, si la disposition de l'art. 3 de la loi de 1867 était remplacée par celle de l'art. 5 du projet voté par le Sénat, si revenant aux saines traditions des lois de 1856 et de 1863 les actions restaient nominatives jusqu'à leur entière libération. Les agioteurs se plaindraient probablement; mais une loi honnête et

Digitized by Google

morale ne doit avoir cure de parasites vivant aux dépens de l'homme laborieux et économe. — La loi de 1867 a été vigoureusement attaquée de divers côtés. Est-elle dans son ensemble aussi médiocre, aussi mauvaise qu'on le prétend? Nous en doutons fort. Nombre de sociétés par actions, honnêtes et bien conduites, prospèrent à l'aise sous son empire. Elle ne gêne que les lanceurs d'affaires véreuses, douteuses, que les administrateurs improbes, et encore! Mais elle présente quelques fissures, quelques défectuosités qui facilitent et favorisent la mauvaise foi. Une correction partielle les eût fait disparaître et avec elles un grand nombre de procès. Mais on a voulu faire grand, très grand et depuis 1882 le monde commercial attend. Chaque législature apporte une espérance sous la forme d'un projet plus ou moins touffu : mais l'espérance ne se réalise jamais.

§ 2. — *Transport.*

Depuis la loi du 11 avril 1888, qui a modifié l'art. 105, C. com., le destinataire de marchandises est-il en droit de faire procéder à la vérification des colis avant d'en prendre livraison? Le voiturier peut-il exiger le paiement du prix de transport préalablement à toute vérification? Aix, 4 février 1869. (*Sir.* 1889. 1. 169).

Avant la loi du 11 avril 1888, il était de jurisprudence constante que le destinataire avait le droit, avant de prendre livraison du colis et de payer le prix du transport, de vérifier l'état des marchandises transportées. La doctrine des auteurs était conforme. — La même règle doit-elle encore recevoir application depuis la loi du 11 avril 1888? La Cour d'Aix répond affirmativement. Il était difficile d'adopter une autre solution.

La loi du 11 avril 1888 a modifié l'ancien art. 105, C. com., et atténué la rigueur de la fin de non-recevoir résultant du double fait de la réception des marchandises et du paiement du prix. Elle accorde au destinataire un délai de trois jours pour faire valoir ses réclamations. S'ensuit-il que désormais le voiturier puisse exiger du destinataire qu'il prenne livraison de la marchandise et paye le prix de transport, sans vérifier l'état des objets qui lui sont présentés? Si telle était la conséquence à déduire de la loi nouvelle, les commerçants n'auraient pas à se féliciter d'avoir si longtemps et si vivement réclamé la modifica-

Digitized by Google

tion de l'art. 105, C. com. La faveur que le législateur a voulu leur faire se transformerait en un don funeste. Destinataires (et par voie réflexe, expéditeurs) seraient plus mal traités que sous la législation précédente.

En effet, supposons que le destinataire a pris livraison de la marchandise sans vérification préalable. Il forme contre le voiturier, dans le délai de trois jours que lui impartit la loi du 11 avril 1888, une réclamation à raison d'un manquant ou d'une avarie intérieure, découverts après la livraison. A lui incombe la charge de prouver que l'avarie ou la perte partielle est *antérieure* à la livraison et que les art. 1784, C. civ., et 103, C. com., peuvent être invoqués par lui contre le voiturier. S'il ne parvient pas à établir cette antériorité, à en convaincre les juges, l'action en dommages-intérêts formée contre le voiturier sera rejetée comme mal fondée. Or cette preuve sera souvent difficile à administrer.

Cette question du fardeau de la preuve, qui présente en pratique une importance considérable, a été soulevée lors de la discussion de la loi. Quelques personnes soutenaient qu'à raison de la brièveté du délai accordé pour la réclamation, l'avarie ou la perte devaient être présumées survenues pendant le transport. Elles en tiraient la conséquence que le voiturier devait rester sous l'empire de la présomption de faute édictée par les art. 1784, C. civ., et 103, C. com. Elles pensaient que le délai de protestation devait être censé compris dans la durée du transport et toute constatation faite dans ce délai équivaloir à une constatation préalable à la livraison. — Un pareil système aurait mis le transporteur à la discrétion du destinataire. Il ne pouvait se justifier juridiquement. Il fut rejeté. Lorsque le voiturier s'est dessaisi de la garde de la chose transportée et que le destinataire a pris livraison, le voiturier « continue bien à être responsable de la mar« chandise, dans les termes de l'art. 103, pour tout ce qui s'est « passé antérieurement à cette prise de livraison, mais il n'est « pas responsable de ce qui s'est passé depuis. Il suit de là, que « si le destinataire réclame pour des avaries constatées depuis la « prise de livraison et depuis que la chose a cessé d'être sous la « garde du voiturier pour passer sous sa garde à lui destinataire,

Digitized by Google

« il faut qu'il commence par prouver que la chose ne lui a pas « été délivrée intacte et qu'elle était déjà, au moment de la « livraison, atteinte de l'avarie dont il se plaint. Ce fait acquis, « l'art. 103 conserve toute sa force et le voiturier demeure res- « ponsable de l'avarie, à moins qu'il ne prouve que l'avarie pro- « vient de la force majeure ou du vice propre de la chose [1]. » — Lors de la discussion au Sénat, un amendement de M. Paris, tendant à ajouter à l'art. 105, C. com., un paragraphe additionnel ainsi conçu : *à partir de la réception, le destinataire est tenu d'établir que le fait dont il se plaint s'est produit antérieurement à la prise de possession*, a été écarté comme inutile sur les observations de M. Demôle rapporteur et du ministre des travaux publics, M. Loubet [2].

Le destinataire a donc un intérêt majeur à faire établir que l'avarie s'est produite antérieurement à la livraison, à la faire constater au moment même de la délivrance de la marchandise. Par la vérification immédiate, contemporaine de la réception, le destinataire écarte tout danger de pouvoir être lui-même accusé d'être l'auteur de l'avarie ou de la perte partielle.

La loi du 11 avril 1888 lui a-t-elle enlevé cette faculté ? Assurément non. La loi a laissé à la vérification, antérieure ou contemporaine de la réception, toute son utilité. Elle n'impose pas au destinataire une inaction forcée lors de la livraison de la marchandise. La concession d'un délai n'implique pas que le bénéficiaire doive nécessairement en user. — Deux modes de procéder, également réguliers et légaux, sont offerts au destinataire. A lui de choisir entre vérifier avant de prendre livraison, ou accepter la marchandise, sauf à protester dans les trois jours. Si la loi de 1888 avait pour effet de priver le destinataire du premier mode de procéder, de l'astreindre à courir le danger du second, elle aurait aggravé la position du destinataire qu'elle voulait secourir et renversé les rôles respectifs à l'avantage du voiturier. Elle serait allée directement contre son but. — Il n'en est rien : ni le texte du nouvel art. 105, C. com., ni la discussion qui a précédé le vote de la nouvelle loi n'impliquent un tel résultat.

[1] Exposé des motifs. Chamb. des députés, *J. off.* mai 1886, p. 380.
[2] Sénat, séance du 16 février 1888, *J. off.* du 17, p. 138.

Digitized by Google

Le voiturier est donc obligé de laisser procéder, en sa présence ou en celle de ses employés, à la vérification préalable de la marchandise transportée[1].

Le tribunal de commerce de Marseille ne déniait pas au destinataire le droit de vérification, mais il subordonnait l'exercice de ce droit au paiement préalable du prix de transport. La Cour d'Aix s'est refusée à admettre une exigence non justifiée. Elle remarque avec raison que la vérification n'est pas la réception, mais une opération préparatoire de cette réception même. Cette vérification peut aboutir à un refus de recevoir et elle ne fait pas perdre au voiturier un privilège qui reste intact jusqu'à la remise effective.

§ 3. — *Faillite.*

La vérification des créances s'impose-t-elle aux créanciers hypothécaires ou nantis de gage? Paris, 12 décembre 1888. — Cass. civ. 19 juin 1889, *Annales* 1889. *Jur.* pp. 102 et 238.

Que dans une faillite les créanciers hypothécaires ou nantis de gage aient le droit de produire à la vérification des créances, c'est là un point indiscutable en présence des dispositions des art. 501, 552, 553, C. com. Mais cette vérification leur est-elle imposée; les créanciers sont-ils astreints à la vérification et à l'affirmation de leurs créances, alors qu'ils se bornent à poursuivre la réalisation de leur gage ou de leur hypothèque?

La controverse est ancienne. Depuis longtemps les avis sont partagés. La majorité des Cours d'appel a jusqu'à présent adopté la négative. Elle a été suivie par un grand nombre d'auteurs[2]. Mais il y a aussi des jurisconsultes et des arrêts, qui s'appuyant sur la généralités des termes de l'art. 491, C. com., exigent les formalités de vérification et d'affirmation même pour les créanciers nantis de gage ou d'hypothèque[3].

Pourquoi revenir sur cette vieille querelle? pour plusieurs motifs.

[1] Lyon-Caen et Renault, *Manuel du D. com. appendice*, n° 7 — *contra* Péronne. *Annales*, II. *doct.* p. 130.

[2] Boistel, *Précis de D. com.*, n° 988. — Laurin, *Droit com.*, 2e éd., n° 935. — Lyon-Caen et Renault, *Précis. de D. com.*, n° 2877.

[3] Pardessus, *D. com.*, n° 1184 — Boulay-Paty, *Faillites*, n° 273 — Demangeat sur Bravard, V, p. 343, *note*.

Digitized by Google

En premier lieu, le désir de signaler le revirement de jurisprudence opéré par la Cour de Paris qui abandonne la doctrine de son arrêt du 21 mars 1863 (*Sir.* 1864. 2. 233). Elle décidait alors que la production n'est nécessaire pour les créanciers hypothécaires qu'à l'effet d'être admis à la répartition de l'actif mobilier, faute d'avoir pu venir en ordre utile sur le prix des immeubles grevés de leurs hypothèques. — La Cour de Paris (même chambre) décide au contraire, le 14 décembre 1888, qu'il est conforme aux dispositions du Code de commerce que tous ceux qui se prétendent créanciers du failli produisent à la vérification des créances, sans qu'il y ait à distinguer entre les simples chirographaires et les hypothécaires ou privilégiés. Les autres créanciers, à quelque catégorie qu'ils appartiennent, ont intérêt à pouvoir les contester.

N'est-il pas utile de constater l'antinomie, au moins partielle, existant entre l'arrêt de la Cour de Paris et celui qu'a rendu la Chambre civile de la Cour de cassation, le 19 juin 1889? La Cour suprême était, si nous ne nous trompons, appelée à résoudre pour la première fois notre question. Elle a consacré l'opinion de la majorité. S'appuyant sur les art. 546 et 547, C. com., elle a pensé que le créancier gagiste ne saurait être « astreint à « faire vérifier et affirmer sa créance préalablement à tout « exercice de son droit de créancier gagiste ; qu'il n'est soumis « par la loi à cette obligation que quand il prétend faire valoir « un droit dans la faillite, soit en demandant à concourir avec « les créanciers chirographaires pour le surplus de sa créance « quand le gage s'est trouvé insuffisant, soit en se présentant « pour voter en concordat. »

Mais la Cour de cassation n'a statué qu'à l'égard du créancier gagiste. Eût-elle répondu de même s'il se fût agi de créanciers hypothécaires ? Peut-on, doit-on placer sur la même ligne ces deux catégories de créanciers ? selon la judicieuse remarque de notre savant collègue, M. Thaller [1], le créancier gagiste, détenteur de l'objet engagé, qui peut réaliser son gage sans entrer dans le patrimoine séquestré, n'est-il pas dans une situation préférable à celle des créanciers hypothécaires ?

[1] *Annales*, 1890. *Chron.*, p. 210.

Digitized by Google

Mais enfin cette dissemblance entre le créancier gagiste et les créanciers hypothécaires ne fût-elle qu'une illusion, la controverse sur la question posée ci-dessus ne doit-elle pas prendre fin aujourd'hui en présence des art. 11, 12 et 20 de la loi du 4 mars 1889 sur la liquidation judiciaire ?

L'art. 20 déclare l'art. 11 applicable à la faillite. Or l'art. 11 dit : « En faisant cette remise (celle de son titre) chaque créan-« cier sera *tenu* d'y joindre un bordereau énonçant ses nom, « prénoms, profession et domicile, le montant et les causes de « sa créance, les *privilèges, hypothèques* ou *gages* qui y sont « affectés. » — L'art. 12 ajoute : « Les lettres de convocation et « les insertions dans les journaux portent que ceux d'entre eux « (les créanciers) qui n'auraient pas fait à ce moment la remise « des titres et bordereaux mentionnés en l'art. 11 *doivent* « faire cette remise, de la manière indiquée au dit article, « dans le délai fixé pour la réunion de l'assemblée de vérifica-« tion. »

Du rapprochement de ces divers articles, de la formule impérative que le législateur de 1889 a employée (*tenus, doivent*), ne résulte-t-il pas que désormais les créanciers privilégiés, gagistes ou hypothécaires sont astreints à se soumettre à la vérification et à l'affirmation de leurs créances ? Nous le pensons.

§ 4. — *Liquidation judiciaire.*

S'il est une loi, dont la discussion ait été embrouillée et confuse, dont la rédaction par suite soit incomplète ou fautive, c'est assurément la loi du 4 mars 1889, *portant modification à la législation des faillites.* Elle a suscité, elle suscitera des difficultés qu'il eût été facile d'éviter par une rédaction plus précise et plus correcte, par une vue plus nette et plus exacte du but à atteindre.

A peine promulguée, elle a fait naître une scission accentuée au sein de la jurisprudence sur une question de première importance. La liquidation judiciaire suspend-elle le droit de poursuite individuelle des créanciers chirographaires sur les meubles du débiteur ? En est-il sous le régime nouveau comme dans celui de la faillite ? La difficulté, semble-t-il, n'eût pas dû naître. L'ar-

Digitized by Google

ticle 5 de la nouvelle loi s'exprime comme l'art. 443, C. com. L'interprétation aurait dû être identique.

Néanmoins, dès avril 1889, commençaient à paraître des décisions judiciaires rendues en sens opposés. Leur nombre augmentait rapidement; les procès allaient s'accroître, les frais s'accumuler. La procédure de liquidation judiciaire aurait été entravée dans sa marche, troublée dans son économie générale. Le législateur est rapidement intervenu. La loi du 4 avril 1890 a supprimé la difficulté et a consacré la solution à la fois logique et pratique. La liquidation judiciaire suspend le droit de poursuite individuelle des créanciers chirographaires sur les meubles du débiteur.

Quelles sont les limites du pouvoir d'appréciation d'un tribunal saisi par un commerçant d'une demande en liquidation judiciaire ? Lyon, 5 juin 1889 *Sir*. 1890. 2. 57).

Un point ne saurait être douteux. Si le tribunal, appelé à se prononcer sur une demande en liquidation judiciaire, se trouve en présence de l'un des faits indiqués par l'art. 19 de la loi du 4 mars 1889, et qui rendent certaine la mauvaise foi du débiteur, le bénéfice de la liquidation judiciaire doit être refusé. Il est illogique et absurde d'admettre que le tribunal doive ou puisse accorder un bénéfice qu'il est immédiatement obligé de retirer. (Nancy, 2 juillet 1889).

Mais, en dehors de cette hypothèse, l'admission du commerçant à la liquidation judiciaire, alors même qu'il réunit les conditions exigées par l'art. 2 de la loi du 4 mars 1889, n'est pas obligatoire pour le tribunal de commerce. Cela résulte des termes de l'art. 1er rapprochés des explications fournies au cours de la discussion. A une question posée par M. Lorois, qui voulait faire bien préciser le caractère facultatif ou obligatoire de la liquidation judiciaire, le rapporteur M. Laroze, fit la réponse la plus formelle. « Si la commission s'est servie de cette expression : « Tout commerçant qui cesse ses paiements peut obtenir le bé- « néfice... c'est justement qu'elle a pensé que le tribunal nanti « d'une demande formulée par le débiteur lui-même avait, « comme dans les circonstances où il est appelé à décider, sa « pleine liberté d'appréciation. Si la commission a mis *peut*,

Digitized by Google

« c'est qu'elle n'a pas voulu dire *doit* obtenir. » — M. Lorois insista encore, obligea le rapporteur à renouveler sa déclaration, et celui-ci ajouta : « Il (le tribunal) est absolument libre de sa « décision [1] ».

Donc, en présence d'une requête en liquidation judiciaire, les juges, conservent une pleine liberté d'appréciation. Ils peuvent, si la situation du commerçant leur paraît suspecte, repousser la demande de liquidation judiciaire et déclarer la faillite. La Cour de Lyon reconnaît ce principe : elle l'affirme. Mais elle émet une sorte de vœu, ou plutôt un conseil sur l'usage qu'il convient de faire de ce pouvoir d'appréciation. Il lui semble « plus con- « forme à l'esprit de la loi de n'envisager une demande de liqui- « dation, au moment où le débiteur déclare cesser sa vie com- « merciale, qu'au point de vue des conditions de forme et de « délais imposées par la loi pour sa recevabilité, et de ne régler « la situation définitive du requérant qu'au cours de la liquida- « tion, d'après les actes ayant précédé ou suivi sa chute et « qu'une vérification autorisée pourrait révéler et seule dûment « constater. »

Le conseil est sage. La faillite une fois déclarée ne peut plus être transformée en liquidation. Celle-ci peut au contraire et doit même dans les cas prévus par l'art. 19 de la loi du 4 mars être transformée en faillite. En présence des résultats irrévocables du rejet de la liquidation judiciaire, si un doute subsiste, au moment de la présentation de la requête, sur la situation réelle du débiteur, les tribunaux agiront prudemment et se conformeront à la pensée dominante du législateur, en admettant ce débiteur au bénéfice de la liquidation judiciaire. Il sera ultérieurement déclaré en faillite, si un examen plus complet de sa situation vient révéler que ce commerçant a encouru l'application de l'article 19.— A suivre ce procédé nul inconvénient, puisque les actes régulièrement accomplis pendant l'état de liquidation seront

Les juges peuvent-ils admettre au bénéfice de la liquidation judiciaire le négociant qui présente requête plus de quinze jours après la cessation de ses paiements? Rennes, 11 juin 1889. (*Sir.* 1890. 2. 57).

[1] Chambre des députés. Séance du 16 octobre 1888. *J. off.* du 17, p. 2191.

Digitized by Google

maintenus et que l'administration de la faillite reprendra sur les derniers errements (art. 19, L. 4 mars 1889).

Non, répond le tribunal de commerce de Rennes, le 10 mai 1889. Les juges ne peuvent plus prononcer que la faillite. Le débiteur est déchu du bénéfice de la liquidation judiciaire, qui lui était offert par la loi sous une condition qui n'a pas été remplie. Sur appel, la Cour de Rennes adopte la même solution et confirme le jugement, le 11 juin 1889.

Les termes, par lesquels l'art. 2 de la loi du 4 mars 1889 prescrit de présenter requête dans les quinze jours de la cessation des paiements, paraissent justifier le jugement et l'arrêt. La formule employée par le législateur paraît bien nette et bien impéative. « La liquidation judiciaire ne peut être ordonnée que sur « requête présentée par le débiteur au tribunal de commerce de « son domicile dans les quinze jours de la cessation de ses paie- « ments. » — La présentation de la requête dans les quinze jours de la cessation des paiements est donc une condition indispensable de l'admission du débiteur au bénéfice de la liquidation. La demande doit être écartée comme irrecevable, si elle est présentée plus de quinze jours après la cessation, et puisqu'il y a cessation de paiements avérée et avouée la faillite doit nécessairement être déclarée.

Ne nous hâtons pas trop d'adhérer à cette doctrine. Malgré sa logique apparente, elle n'est pas sans faire naître quelques objections.

Que devient d'abord, avec elle, le pouvoir d'appréciation conféré au tribunal de commerce et qu'affirmait si énergiquement le rapporteur de la commission de la Chambre des députés? quoi! l'expiration du délai entraînera fatalement, inexorablement, la déchéance du débiteur et ce tribunal qu'on proclame si libre d'accorder ou de refuser sera lié. Il devra prononcer toujours et quand même la faillite d'un négociant dont l'honnêteté, la bonne foi seront évidentes à ses yeux. Il ne peut *apprécier* les causes qui ont pu retarder la présentation de la requête. — Devant l'innombrable variété de situations contingentes, la loi a posé une règle immuable, inflexible, et cela en matière commerciale, dans un droit qui doit être le plus souple, le plus flexible, le

Digitized by Google

plus apte à s'adapter aux hypothèses les plus diverses et les plus dissemblables. Belle loi en vérité!

Mais voyons encore. Le point de départ de ce délai de quinze jours, c'est le jour de la cessation des paiements. Ce jour est-il sûrement, infailliblement déterminé et fixé lors de l'examen de la requête par le tribunal? Nullement. La date exacte de la cessation peut être ignorée lors de la demande de liquidation judiciaire. Il serait imprudent de croire que tous les commerçants aient la conscience très nette et très claire de leur état de solvavabilité ou d'insolvabilité. Précisément la classe des débiteurs la plus intéressante, la classe si nombreuse des petits commerçants est celle qui ignore le plus complétement sa véritable situation, alors que la cessation de paiements approche et que l'insolvabilité est sur le point de se produire. C'est à ces humbles que le législateur a pensé, au moins autant qu'aux membres du gros négoce, quand il a édicté les dispositions de la loi du 4 mars. Comment admettre qu'il n'ait pas voulu tenir compte de leurs erreurs possibles?

La loi sur les faillites a permis de reporter la date de la cessation des paiements en avant ou en arrière de la fixation primitive, selon les révélations et les découvertes. La loi du 4 mars prévoit elle-même ce report en arrière. Ultérieurement, au cours des opérations de la liquidation judiciaire octroyée, il est démontré, bien établi, que la requête n'a pas été présentée dans les quinze jours de la cessation des paiements. Le débiteur va-t-il être fatalement déchu, va-t-il nécessairement perdre le benéfice de la liquidation judiciaire? — Que vous connaissez mal le législateur de mars 1889! La logique et lui sont en froideur. Non, non : pas de déchéance obligatoire. Empressons-nous de revenir au pouvoir d'appréciation du tribunal. Dans le cas prévu, le tribunal de commerce *peut*, aux termes de l'art. 19, déclarer la faillite, soit d'office, soit sur la poursuite des créanciers : mais il n'y est point obligé. La déclaration de faillite est, de sa part, entièrement facultative. Ainsi donc lorsqu'il vient à être révélé au cours des opérations que la requête n'a pas été présentée dans les quinze jours de la cessation des paiements, le tribunal a la faculté de ne pas déclarer la faillite, mais ce même tribunal ne

Digitized by Google

peut user de la même faculté au moment où il est saisi de la demande en liquidation.

D'où vient cette anomalie ? Est-elle bien imputable aux auteurs de la loi du 4 mars 1889 ? Ne doit-elle, pas au contraire, être mise à la charge d'interprètes qui exagèrent la portée de l'art. 2? On n'explique pas cette anomalie, en se contentant de dire que dans les deux hypothèses prévues par les art. 2 et 19, le législateur a voulu consacrer une solution différente. Pure affirmation sans preuve. Pourquoi le législateur aurait-il voulu ce défaut d'harmonie dans la loi? Il faudrait l'expliquer.

Vainement, ajoutera-t-on, que dans l'art. 19, le législateur a considéré qu'il serait d'une rigueur excessive de transformer obligatoirement la liquidation judiciaire en faillite sans tenir compte de la bonne foi du débiteur, qui a pu être insuffisamment renseigné sur sa situation. — Mais cette bonne foi du débiteur, cette insuffisance de renseignements, à quel moment existent-elles, doivent-elles avoir existé? Au moment de la présentation de la requête. Et si, au lieu de les constater plus tard, le tribunal les relève à ce moment même, si par l'inspection des pièces et documents fournis, il s'aperçoit que le débiteur s'est trompé sur la date réelle de la cessation de ses paiements, ce tribunal sera tenu de prononcer la faillite. C'est inadmissible. Le même fait, l'erreur sur l'époque réelle de la cessation des paiements ne peut engendrer deux solutions contraires.

On n'arrive à un résultat aussi inacceptable que par une interprétation rigoureuse et étroite de l'art. 2 de la loi du 4 mars. Examinons de plus près. Est-il bien vrai que le délai fixé par l'art. 2 soit un délai fatal, entraînant pour le débiteur déchéance du bénéfice de la liquidation judiciaire ? Nous sommes loin d'en être convaincu. — La formule restrictive employée dans ce texte, *ne peut être ordonnée que*, vise non pas le délai, mais le mode d'introduction de la demande et la personne qui la présente. Quelques députés, MM. Vergoin, Saint-Martin, etc., avaient proposé d'étendre aux créanciers, dans des hypothèses déterminées, le droit de poursuivre la liquidation judiciaire de leur débiteur. La proposition fut rejetée par la commission de la Chambre des députés, parce qu'elle avait « ce caractère saillant de faire dis-

Digitized by Google

« paraître la règle générale que la liquidation ne peut être « demandée que par le débiteur », qu'elle paraissait devoir compromettre le succès de la réforme importante proposée [1]. C'est en vue de la personne et non du délai qu'une restriction a été insérée dans l'art. 2.

La pensée générale de la loi est de venir au secours du débiteur de bonne foi, malheureux, mais non coupable. Le fait de la cessation des paiements est un fait complexe : il peut résulter de circonstances diverses sur lesquelles le débiteur a pu très honnêtement se tromper. Il faut donc laisser au tribunal de commerce la faculté de ne pas confondre, de ne pas traiter avec la même rigueur le commerçant malhonnête et le débiteur de bonne foi. — Est-il indispensable ou utile d'ajouter qu'entre deux interprétations d'un texte, dont l'une met le législateur en contradiction avec lui-même, dont l'autre conserve à la loi son homogénéité et son harmonie, notre choix ne saurait être douteux?

HENRY BONFILS.

Etude sur la situation juridique des sociétés dénuées de personnalité,

Par M. Marcel MONGIN, professeur à la Faculté de droit de Dijon.

Une doctrine patiemment élaborée par les efforts des jurisconsultes, et qui semble maintenant bien arrêtée dans ses lignes générales, établit des différences profondes entre les sociétés reconnues comme personnes morales et celles qui ne profitent pas de cet avantage; de saisissants contrastes sont indiqués comme constituant des vérités acquises à la science, fondées sur des déductions d'une incontestable logique. Un procédé simple a été suivi : on a déterminé en faveur des personnes morales certains effets attachés à la fiction de l'être juridique ; puis, lorsqu'il s'est agi de fixer les droits des sociétés sans personnalité, on s'est borné le plus souvent à établir une antithèse absolue entre les deux situations, on a opéré la suppression à peu près complète des droits attribués aux personnes morales; on a ainsi

[1] Rapport Laroze, *J. off.* novembre 1887, p. 884.

Digitized by Google

privé ces sociétés d'avantages importants, de prérogatives qui seraient précieuses, souvent indispensables à leur bon fonctionnement; les Sociétés civiles qui n'ont pas adopté une forme commerciale, les Sociétés commerciales en participation se trouvent par là dans un état notable d'infériorité.

Bien que la théorie de la personnalité civile, telle qu'elle est établie par la tradition, ait été vivement attaquée, bien que l'école allemande ait accumulé de fines analyses pour écarter l'idée d'un être fictif, on n'admet pas, à notre connaissance, qu'il soit possible d'adopter une interprétation plus favorable à ces sociétés, tant que la législation restera dans l'état actuel ; les principes du droit en vigueur privent nécessairement ces groupes des principaux avantages que fait naître la fiction de la personnalité. M. Van den Heuvel, dans de vives dissertations, essaie bien de démontrer que la distinction entre les deux espèces d'associations est irrationnelle, mais il reconnaît que notre législateur s'en est inspiré, qu'une nouvelle intervention de sa part serait nécessaire, que jusque-là les conventions privées, si ingénieuses soient-elles, ne pourront jamais créer les trois avantages fondamentaux attribués aux personnes civiles. « Les membres d'une collectivité quelconque auront beau chercher, ils ne trouveront pas un biais qui leur permette de faire considérer comme mobiliers tous leurs droits : il leur manque pour cela un texte dérogatoire aux principes, et analogue à l'art. 529 du Code civil; jamais ils ne pourront imaginer une ruse qui leur donne la faculté de se faire représenter en justice par un mandataire, agissant en nom collectif..... jamais enfin ils ne découvriront un secret qui leur octroie la puissance de séparer, d'une manière générale et absolue, leur patrimoine du patrimoine social, sans enfreindre les règles juridiques sur le gage des créanciers et les privilèges mobiliers [1]. » M. Sauzet [2], en étudiant spécialement la situation des syndicats professionnels, exprime l'idée que les effets de la personnalité pourraient s'expliquer par d'autres fictions, mais il n'indique pas quelles sont ces fictions, et

[1] Van den Heuvel, *De la situation légale des associations sans but lucratif*, p. 63. Cf. p. 41.

[2] *Revue critique*, 1888, p. 319, note 1 ; — p. 338, note 1.

Digitized by Google

ne paraît pas supposer qu'elles profitent aux sociétés non privilégiées [1]. Les ouvrages de MM. Lyon-Caen et Renault, qui jouissent d'une si haute autorité, signalent comme incontestables plusieurs différences traditionnelles entre les Sociétés douées de personnalité et celles qui n'ont pas le caractère. Il semble donc que sur une pareille matière la tâche de l'interprète soit épuisée.

Malgré tant d'imposants témoignages, nous croyons que la théorie classique prête le flanc à bien des critiques, que les contrastes entre les deux groupes de sociétés ont été accusés outre mesure, que, sans introduire aucune fiction juridique, on doit donner aux sociétés civiles les prérogatives les plus importantes des sociétés commerciales. En formant leur contrat, les associés ont placé certains biens dans l'indivision, ils ont constitué ainsi une masse distincte, un patrimoine qui a son régime spécial, et les conséquences logiques de ce régime donnent au patrimoine une vie propre, à peu près comme s'il appartenait à une personne juridique; les conventions des parties suffisent, sur bien des points, à produire les mêmes effets que la fiction de la personnalité. C'est cette thèse que nous voudrions établir : si elle paraît trop hardie dans son ensemble, nous espérons du moins que, sur certains points spéciaux, ses conclusions seront adoptées, que sur d'autres elle montrera l'utilité de discussions nouvelles.

Les principales différences que les théories courantes établissent entre les sociétés personnes morales et les autres concernent : 1° le droit de préférence attribué aux créanciers de la société sur le fonds social 2° la compensation entre les créances ou les dettes sociales et les dettes ou les créances personnelles des associés ; 3° le caractère mobilier des actions ou intérêts; 4° le droit d'ester en justice. Essayons de préciser sur tous ces points la situation des sociétés dénuées de personnalité. Pour la brièveté du langage, nous désignerons souvent ces sociétés sous le nom de sociétés civiles ; les autres seront désignées plus particulièrement sous le nom de sociétés commerciales.

[3] *Précis de droit com.*, nos 281, suiv. — *Traité de droit com.* t. II, nos 105, suiv.

Digitized by Google

§ 1er.

Grâce à la fiction de la personnalité, les créanciers d'une société commerciale ont établi aisément leur droit de se faire payer sur le fonds social, sans subir le concours des créanciers personnels des associés. Il est inutile que leur droit de préférence soit inscrit dans la loi, il découle avec une parfaite logique de l'idée que la société et l'associé sont des personnes différentes ; les créanciers personnels ne doivent pas réclamer plus de droits sur le fonds social qu'ils n'en auraient sur le patrimoine d'une personne physique autre que leur débiteur. La société commerciale jouit ainsi d'un puissant moyen de crédit, propre à faciliter singulièrement ses opérations.

Quelle sera la situation des sociétés civiles privées de personnalité[1] ? Pour la déterminer, on se borne en général à appliquer le procédé facile que nous indiquions tout à l'heure, à décider, par opposition avec la solution précédente, que la qualité de créancier social ne confère aucun droit de préférence. Quel serait en effet le fondement juridique d'un semblable droit ? En l'absence d'un être moral qui soutienne le patrimoine collectif, les dettes sociales reposent directement sur la tête des associés, le fonds social est la propriété immédiate de chacun d'eux ; les créanciers personnels d'un associé et les créanciers sociaux ne forment donc qu'une seule masse, investie de droits analogues sur un patrimoine unique. En réalité, il n'existe pas de créanciers sociaux, faute d'un être moral pouvant prendre la qualité de débiteur ; on ne trouve que des créanciers personnels de chaque associé, et aucun d'eux ne peut exiger, à défaut de texte spécial, qu'il s'opère une séparation de patrimoines lui conférant un droit exclusif sur certains biens[2].

Malgré la rigueur apparente du raisonnement, nous croyons

[1] Cette question a été étudiée avec grand soin par M. Thiry dans deux dissertations publiées par la *Revue critique*, 1854, t. V, p. 412. — 1855, t. VII, p. 289.

[2] Lyon-Caen et Renault, *Précis*, n° 284, et la note. Demante et Colmet de Santerre, sur l'art. 1864 n° 53 *bis* XI.

Digitized by Google

que cette conception n'est conforme ni aux textes, ni aux principes, que les créanciers sociaux et les créanciers personnels forment vraiment deux catégories distinctes, investies de droits différents, que le fonds social est exclusivement le gage des premiers, comme si la société constituait une personne morale.

Il est d'abord un point sur lequel l'accord est maintenant général, et qui, à lui seul, confère un précieux avantage aux créanciers sociaux : on admet que, pendant la durée de la société, ils peuvent, mais peuvent seuls, à l'exclusion des créanciers personnels, saisir les biens compris dans le fonds social. Sur quoi s'appuie cette différence ?

Les principes conduisent nécessairement à reconnaître le droit de saisie au profit des créanciers sociaux : il découle des pouvoirs que les statuts confèrent aux administrateurs ou aux associés. Lorsque les statuts ont attribue à un administrateur le pouvoir d'obliger la société par certains actes, ils lui ont donné en même temps le droit d'engager le fonds social à la sûreté de la créance ; l'administrateur, en vertu du mandat commun qui lui est confié par les associés, constitue au profit du créancier un gage général sur les biens sociaux. Il serait évidemment inadmissible que les créanciers avec lesquels l'administrateur a valablement traité dans les limites de ses pouvoirs, n'eussent pas le droit de saisir le fonds social [1].

D'autre part un texte capital, l'art. 1860, exclut toute saisie provenant des créanciers personnels. Aux termes du texte, l'associé non administrateur ne peut aliéner ni engager les choses mêmes mobilières qui dépendent de la société. Cette disposition ne signifie pas seulement que l'associé ne peut aliéner la totalité d'un bien commun, solution évidente, inutile à exprimer ; elle implique que, s'il a aliéné sa part indivise dans un bien social, l'acquéreur n'aura pas le droit d'exiger que le bien sorte de la masse commune et soit soumis à un partage spécial : le fonds social ne saurait être privé par une semblable aliénation d'aucun de ses éléments constitutifs. Elle implique encore que l'associé ne peut pas conférer à un créancier hypothécaire ou gagiste le

[1] Thiry, *Rev. critique*, VII, p. 297. — Pont, *Sociétés*, n° 666. — Laurent, XXVI, n° 359.

Digitized by Google

droit de saisir un des biens sociaux, de le mettre en dehors de la masse pour se faire attribuer une quote-part du prix. Elle implique enfin, par voie de conséquence, qu'aucun créancier chirographaire de l'associé ne peut exercer un droit semblable : si les actes de disposition les plus complets émanés de l'associé doivent laisser intacte la composition du fonds social, comment une simple dette chirographaire aurait-elle le pouvoir de dépouiller la société? Si un créancier hypothécaire ne peut saisir l'immeuble sur lequel l'hypothèque lui a été fournie, comment ce droit appartiendrait-il à un créancier ordinaire? Il est donc reconnu par la plupart des auteurs qu'aucune part des biens sociaux ne peut être saisie à la requête des créanciers simplement personnels [1]; ils pourront sans doute faire vendre *in globo* les droits de leur débiteur dans la société, sa part d'intérêt, mais l'art. 1850 leur retire la faculté de saisir individuellement tel bien déterminé, de le faire sortir d'indivision, au moins tant que dure la société.

Nous constatons ainsi qu'il existe réellement deux classes de créanciers, bien que tous aient pour débiteurs les associés ; les uns, ayant traité avec la collectivité, ont acquis valablement des droits d'hypothèque, de gage spécial ou tout au moins de gage général sur les biens sociaux ; les autres, n'ayant pas contracté à l'occasion d'affaires sociales ou avec les personnes investies de pouvoirs réguliers, ne peuvent pas distraire du fonds social un de ses éléments. Il est utile de remarquer que cette situation n'est pas isolée dans notre droit : elle est analogue à celle que l'art. 2205 organise au cas d'indivision entre cohéritiers. Tant que le partage de la succession n'est pas opéré, les créanciers héréditaires et les créanciers personnels de chaque héritier forment deux catégories distinctes, et cependant la succession ne constitue pas un être moral susceptible d'être débiteur. Les premiers ont le droit de saisir les biens héréditaires, parce que ces biens ont été valablement engagés à leur profit ; les seconds sont privés de ce droit, ils ne peuvent pas faire sortir un bien spécial

[1] Aubry et Rau § 381 *bis*. Pont, *Sociétés*, n° 592. Thiry, *Rev. critique*, VII, p. 301. — Laurent XXVI, n° 358.— Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. II, n° 109.

Digitized by Google

de l'indivision, et le mettre en vente pour prendre sur le prix une part proportionnée au droit de leur débiteur. Ajoutons que l'interprétation générale admet la même dualité, par extension de l'art. 2205, dans les autres cas où l'indivision porte sur une masse, et non sur un bien isolé.

Nous venons de franchir un premier pas, nous avons marqué une première différence importante entre les créanciers sociaux et les créanciers personnels ; au delà, les controverses se présentent. Pour les résoudre, il importe au préalable d'assurer notre marche en déterminant le fondement juridique de l'article 1860 ; cette recherche, outre son intérêt théorique, permettra d'éclaicir les points obscurs.

On s'accorde à reconnaître le caractère équitable et l'utilité pratique de notre article : si, à tout instant, un acquéreur ou un créancier personnel prétend faire sortir de la masse un bien déterminé pour en provoquer la licitation ou la saisie, quelle sécurité aura la société, comment pourra-t-elle établir ses plans d'administration? Privée de la garantie que lui reconnaît notre texte, elle vivrait sous une menace perpétuelle d'évictions, sans pouvoir s'y soustraire. Mais le désaccord se manifeste lorsqu'il s'agit de scruter le caractère juridique de cette prérogative, lorsqu'on se demande si elle constitue une dérogation aux principes, ou si elle n'est que l'application de certaines règles générales. Plusieurs explications sont en présence.

Suivant une première théorie, la convention de mise en société crée en faveur des associés un avantage analogue à celui que le bail fait naître au profit du preneur : sans produire un droit réel, elle met le fonds social à l'abri des actes d'aliénation, parce que l'intérêt de la société, l'intention présumée des parties l'exigent[1]. D'après cet aperçu, l'art. 1860 aurait un caractère exceptionnel, et en effet, ni le droit romain, ni notre ancien droit ne consacraient de dispositions semblables en faveur de la société, chaque associé avait le droit d'aliéner un bien social déterminé jusqu'à concurrence de sa part. Logiquement l'obligation de laisser le bien

[1] Thiry, *Rev. crit.*, V, p. 438, 439. — Pont, *Sociétés*, n° 591 — Lyon-Caen et Renault, *Précis*, t. I, n° 287 ; *Traité* II, n° 117 — Demante et Colmet de Santerre, sur l'art. 1860, n° 49 *bis* II.

Digitized by Google

indivis dans la masse sociale est personnelle à l'associé, elle ne saurait donc être invoquée contre ses ayant-cause à titre particulier, acheteurs ou créanciers ; c'est par une disposition de faveur que la loi donne à cette obligation un caractère plus énergique.

D'après une seconde explication, l'art. 1860 est la conséquence d'une sorte de servitude qui pèse sur les biens mis en société, la *servitude d'indivision* : l'associé n'a pas sur le bien social un droit de propriété entièrement franc, il n'a qu'un droit grevé d'indivision pour toute la durée fixée par le contrat de société ; aliéner sa part, donner à un acquéreur le droit provoquer le partage, à un créancier le droit de saisir le fonds, serait porter atteinte à cette servitude qui résulte de la volonté commune[1]. Ainsi interprété, l'art. 1860 ne serait que l'application des principes généraux sur les droits réels.

Cette seconde explication me paraît à la fois plus simple et plus exacte que la précédente, toutefois je crois qu'elle n'adopte pas une terminologie entièrement juste pour désigner le droit qui existe au profit de coassociés. On doit en retenir l'idée que l'art. 1860 est la conséquence d'un droit réel existant au profit des associés, mais ce droit n'est pas une simple servitude d'indivision, c'est la propriété elle-même : la suppression du droit d'aliéner édictée contre l'associé non administrateur n'est que l'effet logique de la copropriété indivise. Sous l'état d'indivision, en effet, le droit de chaque propriétaire se trouve diminué, limité dans ses prérogatives, par le droit non moins puissant appartenant aux autres, et c'est le droit ainsi diminué qui peut seul être transmis aux ayant-cause. La copropriété confère à chacun le droit d'exiger que les biens restent dans le patrimoine collectif pendant tout le temps fixé par la convention ou par la loi ; elle mutile donc le droit de disposition attaché à la propriété ordinaire : les associés qui ont mis des biens en société pour un certain temps n'ont pas seulement contracté l'obligation personnelle de les laisser en commun, ils ont organisé pour la propriété elle-même une nouvelle situation juridique, ils ont créé au profit de la masse un droit qui est désormais à l'abri des actes individuels. L'art. 1860 n'est donc que l'application pure et simple des prin-

[1] Boistel, *Précis de Droit comm.*, n° 158.

Digitized by Google

cipes, on ne saurait le considérer comme attribuant à la société un bénéfice exceptionnel, créé par la volonté souveraine du législateur. Remarquons que si l'on adopte cette explication, il est facile de l'appliquer à l'art. 2205, et de justifier ainsi l'opinion courante, qui considère ce dernier texte comme devant s'étendre aux autres cas d'indivision.

La discussion qui précède nous permet d'entrer plus avant dans l'interprétation de l'art. 1860, et de résoudre les difficultés qui se présentent pour déterminer exactement la situation des créanciers. Vient d'abord une question importante : les créanciers personnels des associés échappent-ils à notre article aussitôt après la dissolution de la société, reprennent-ils dès cet instant le droit de saisir isolément chacun des biens qui composaient le fonds social? Leur droit, au contraire, ne reste-t-il pas paralysé pendant une certaine période? La question présente un intérêt capital, car en fait c'est souvent dans la période de liquidation que se manifesteront les conflits entre les créanciers personnels et les créanciers sociaux; c'est au moment où l'actif social va disparaître que les créanciers sociaux sont les plus intéressés à en conserver les éléments pour leur compte exclusif, à écarter toute action des créanciers personnels.

La solution dépend de l'idée que l'on adopte pour l'explication juridique de l'art. 1860. Si l'on décide que le texte introduit une faveur légale, dérogatoire au droit commun, l'action des créanciers personnels s'exercera sans obstacle aussitôt après la dissolution de la société : on admet que l'associé a contracté simplement une obligation personnelle de laisser le bien dans le fonds social, et que l'article a pour but de mieux sanctionner cette dette; l'obligation cessant avec la société, n'ayant été contractée que pour sa durée, le bénéfice particulier qui en assure l'exécution doit être écarté. Le droit de poursuite des créanciers personnels ne rencontre donc plus aucune difficulté [1]. — L'explication que nous avons admise conduit à une solution différente. Il faut décider que les saisies

[1] Pont, *Sociétés*, n° 666. — Thiry, *Rev. crit.*, t. VII, p. 304 et suiv. ; M. Thiry décide toutefois que le droit des créanciers personnels ne s'exerce que sous les restrictions résultant de l'art. 2205, et il devient alors difficile d'en déterminer la portée exacte.

Digitized by Google

provenant des créanciers personnels sont écartées jusqu'à ce que la liquidation et le partage général soient terminés. Jusque-là en effet il existe une co-propriété indivise portant sur un ensemble de biens, et empêchant que l'un de ces biens ne soit enlevé à la masse du fait de l'un des associés; les créanciers personnels ne peuvent exercer que le droit de leur auteur, et ce droit ne va pas jusqu'à mettre la main sur un bien isolé pour le soustraire aux opérations d'ensembe. Les poursuites des créanciers se trouvent ainsi suspendues jusqu'à ce que le partage général du fonds social soit opéré[1]. Bien entendu, après le partage, tout obstacle sera écarté : le bien qui était autrefois social se confond maintenant dans le patrimoine de chaque associé avec ses autres biens, il est indistinctement le gage des créanciers, quelle que soit leur origine.

Nous arrivons ainsi à constater que les biens sociaux échappent aux poursuites des créanciers personnels, et que cette situation persiste jusqu'à l'achèvement des opérations de liquidation et de partage : les mêmes biens peuvent être saisis au contraire sans difficulté par les créanciers sociaux. Il semble bien résulter de ces décisions que les créanciers sociaux jouissent d'un véritable droit de préférence, qu'il s'opère en leur faveur une séparation de patrimoines, exactement comme si la société constituait une personne morale : comment donc s'expliquer que la doctrine leur dénie cette situation privilégiée ? N'y a-t-il pas contradiction flagrante à admettre que les créanciers personnels ne peuvent saisir aucune part du fonds social, et qu'ils sont placés cependant sur un pied d'égalité avec les créanciers sociaux ?

Très peu d'auteurs ont essayé de préciser leur doctrine sur ce point. Une explication cependant a été proposée par M. Laurent[2], qui espère lever entièrement la difficulté ; elle a été développée par M. Cassagnade[3] dans une thèse de doctorat, et acceptée récemment par MM. Lyon-Caen et Renault[4]. Suivant ces

[1] Aubry et Rau, § 381 *bis in fine*, — § 777, texte et note 12.
[2] *Droit civil*, t. XXVI, nos 359, 360.
[3] *De la personnalité des sociétés*, Thèse. Paris, 1883, p. 231.
[4] *Traité de Droit com.*, t. II, no 109.

Digitized by Google

auteurs, les créanciers personnels sans doute ne peuvent pas prendre l'initiative d'une saisie, ni en diriger les opérations ; mais, une fois que la saisie aura été opérée à la requête d'un créancier social et que l'on sera arrivé à la période de l'ordre ou de la distribution, rien ne les empêchera de faire valoir leurs droits sur les sommes à répartir : on prendra sur les deniers la portion revenant à leur débiteur, comme si un partage avait été opéré, et cette portion sera répartie sans distinction de créances. Soit une société dans laquelle *Primus* a une part de 1/10 : un bien social étant saisi, les créanciers personnels de *Primus* viendront prendre part à la collocation ; ils exigeront qu'un dixième du prix soit mis à part, et sur ce dixième ils concourront avec les créanciers sociaux. Cette solution, dit-on, se concilie aisément avec l'art. 1860 ; le texte paralyse l'action des créanciers sur un bien social, mais lorsque le bien a été vendu à la requête des créanciers, il a cessé d'être social, il a été l'objet d'une liquidation partielle ; les deniers qui le remplacent prennent un caractère juridique différent, ils ne sont plus dans l'indivision, ils ne servent plus au fonctionnement de la société, le droit des créanciers personnels s'exerce donc sans obstacle. L'art. 1860 consacre une faveur destinée à empêcher que la société ne soit privée d'un de ses biens par le fait d'un associé : une fois que le bien est saisi, pareille faveur n'a plus de raison d'être. On concilie donc l'art. 1860 avec les principes qui veulent que l'égalité soit maintenue entre les créanciers d'un même débiteur, on écarte une séparation de patrimoines que la loi n'a inscrite nulle part.

Cet essai de conciliation nous paraît manquer entièrement de solidité, il aboutit à une théorie illogique, établie sur une fausse base. Suivant nous, les créanciers personnels ne peuvent prendre part à la distribution des deniers, pas plus qu'ils n'ont le droit d'opérer la saisie ; le bien qui est insaisissable pour eux l'est jusqu'au bout, sa valeur tout entière reste affectée aux créances sociales.

La solution proposée repose en effet sur une idée inexacte. On dit que les deniers provenant de la saisie ne sont plus des biens sociaux, qu'ils sortent du fonds commun pour être l'objet d'une liquidation partielle, et que c'est ce caractère nouveau qui auto-

Digitized by Google

rise l'action des créanciers personnels. Ce point de départ est inadmissible : lorsqu'un bien de la société est vendu, le prix de vente reste incontestablement dans le fonds social, il en subit toutes les règles, il ne se trouve pas partagé pour devenir *ipso jure* propriété personnelle de chaque associé. Qu'importe à cet égard que la vente soit volontaire ou forcée, qu'elle soit faite par l'administrateur ou à la requête d'un créancier ? Dans les deux cas le fonds social est propriétaire des deniers qui remplacent le bien aliéné, l'associé considéré individuellement n'acquiert aucun droit nouveau, il ne peut réclamer pour sa propriété exclusive aucune part des deniers. Pour mettre la vérité en toute évidence, il suffit de supposer que la valeur du bien saisi soit plus que suffisante pour désintéresser les créanciers qui se présentent : n'est-il pas certain que l'excédent appartiendra à la société, et ne deviendra pas de plein droit la propriété personnelle des associés? Le prix de vente ne peut devenir l'objet d'une propriété personnelle qu'au moyen d'un partage, et ce partage n'est réalisable que dans les formes ordinaires, aux conditions prévues par la loi ou par l'acte de société.

Édifiée sur une base aussi chancelante, la théorie nouvelle aboutit à créer une situation juridique singulièrement confuse. Si les associés n'ont pas de créanciers personnels, le prix de vente est traité comme bien indivis, il n'est l'objet d'aucun partage. Qu'un créancier personnel se présente, immédiatement, sans aucune participation des associés, sans aucune intervention de leur volonté, le prix de vente est l'objet d'une liquidation partielle ; seulement cette liquidation ne fait sortir d'indivision que la part de l'associé débiteur, tous les autres intérêts sont réglés comme si les deniers restaient indivis. On ne sait pas encore, il est vrai, quelle est exactement la part que pourrait réclamer l'associé débiteur si un véritable partage du fonds social s'opérait, car sa part peut être modifiée par les prélèvements à opérer, par la composition des lots ; peu importe ; dès maintenant on lui alloue un dixième du prix, et on attribue ce dixième à ses créanciers. Toutes ces solutions n'aboutissent-elles pas à l'arbitaire et à une confusion inextricable ? La vérité est infiniment plus simple et plus facile à saisir : le prix de vente

Digitized by Google

reste un bien social, et c'est à ce titre qu'il sert à désintéresser les créanciers de la société ; les biens ne sortent de l'indivision qu'aux époques fixées par la loi ou par la convention, et les lots des associés ne peuvent être déterminés que par les opérations d'un partage effectif; jusqu'à ce partage les créanciers personnels ne peuvent mettre la main sur aucun bien isolé, meuble ou immeuble, somme d'argent ou corps certain, la propriété indivise des autres associés soustrait chaque bien à leur action.

Nous devons donc écarter la conciliation proposée, enlever aux créanciers personnels la dernière ressource qu'on s'efforce de leur fournir. La logique et la saine interprétation de l'art. 1860 conduisent forcément à reconnaître au profit des créanciers sociaux un droit de préférence complet, s'exerçant jusqu'à l'achèvement des opérations du partage; droit qui leur réserve à la fois la prérogative exclusive d'opérer une saisie, et la faculté d'employer à leur profit la totalité du prix de vente. L'indivision portant sur une masse, sur un ensemble de biens, produit ici le même résultat que la fiction de la personnalité, les sociétés civiles sont armées par le seul jeu des principes du même moyen de crédit que les sociétés commerciales.

§ 2.

La fiction de la personnalité exclut dans les sociétés commerciales toute possibilité de compensation entre les créances ou les dettes de la société et celles qui sont personnelles aux associés ; l'individu qui est à la fois débiteur de la société et créancier d'un associé, ou réciproquement, ne pourra pas opposer la compensation, car les deux dettes n'existent pas entre les mêmes personnes. Dans les sociétés civiles l'absence de personnalité va-t-elle produire un résultat complétement opposé, laissera-t-elle la compensation s'opérer dans tous les cas? Sur ce point la doctrine est hésitante, quelques désaccords se manifestent, il faut établir des distinctions.

Premier cas. — Un tiers se trouve débiteur de la société et créancier personnel d'un associé. Supposons, par exemple, que la société comprenne quatre associés, et que l'un d'eux, *Primus*

Digitized by Google

doive 8.000 fr. à *Tertius*, qui est lui-même débiteur de la société pour une somme égale.

Plusieurs auteurs décident que la compensation s'opère partiellement; le tiers est débiteur de chaque associé pour une part, puisque la créance sociale se trouve divisée entre les associés et repose exclusivement sur leur tête : il est donc bien pour une fraction à la fois créancier et débiteur, rien ne s'oppose à la compensation. Dans notre exemple *Tertius* est débiteur de 2.000 fr. envers chacun des associés, sa créance contre *Primus* se trouve donc éteinte jusqu'à concurrence de 2.000 fr. et il ne doit plus à la société que 6.000 fr.

La solution contraire est soutenue, et elle est plus rationnelle. La compensation, dans notre hypothèse, irait directement contre l'art. 1860, elle conférerait au créancier personnel de l'associé un droit que le texte lui refuse : opposer à la société la compensation, ce serait lui prendre de force une part de sa créance, et l'appliquer à solder une dette personnelle de l'associé. *Tertius*, en prétendant qu'il ne doit à la société que 6.000 fr., prélève en réalité 2.000 fr. sur le fonds social, et les emploie à son profit pour obtenir le paiement partiel de ce qui lui est dû par *Primus* : il y a là une aliénation forcée, une sorte de saisie d'un bien social; or, l'art. 1860 interdit au créancier personnel tout acte de ce genre, le fonds social n'a pas été engagé envers sa faveur, il échappe à ses poursuites [2]. Donc ici encore nous voyons le fonds social s'isoler des autres biens appartenant personnellement aux associés, pour être traité comme un être juridique spécial.

Deuxième cas. — Renversons les rôles : *Tertius* est créancier de la société, et débiteur personnel de l'associé *Primus*. Ici tout le monde s'accorde à reconnaître la possibilité d'une compensation partielle : poursuivi par *Primus*, *Tertius* lui opposera qu'il est son créancier personnel pour 2.000 francs, qu'il a, dans cette mesure, une action directe et principale contre lui, et que sa propre dette se trouve ainsi éteinte jusqu'à concurrence de

[1] Boistel, *Précis*, n° 163.

[2] Thiry, VII. p. 302. — Lyon-Caen et Renault, *Précis*, n° 288 *b*; *traité*, t. II, n° 116.

Digitized by Google

2.000 francs. Le motif qui empêchait tout à l'heure la compensation ne milite plus dans notre cas ; aucune obstacle ne s'oppose à ce que *Tertius* fasse valoir sa créance dans toute sa force contre *Primus*, il ne cause par là aucune diminution au fonds social, il n'atteint que le patrimoine personnel de l'associé.

Cette solution, malgré son aspect si juridique, ne donne pas à l'esprit satisfaction complète. D'abord la raison se trouve froissée de ce qu'il n'y ait pas un parallélisme parfait entre les deux situations, on éprouve le sentiment d'un défaut d'harmonie difficile à justifier. D'autre part, il est peu conforme à l'équité et à l'intention commune des contractants qu'un bien personnel de l'associé soit employé, avant tout autre, à acquitter une dette sociale : le créancier qui, en fait, a traité avec la société, qui la considère comme son débiteur principal, ne devrait-il pas tout au moins commencer par demander son paiement à l'administrateur ? Pourquoi forcer l'associé à payer en première ligne et à exercer ensuite un recours contre la société, alors que souvent l'affaire dont il s'agit lui est étrangère et qu'il est dans l'impossibilité de vérifier si la créance a une existence indiscutable ? Si l'on suppose une société dont le capital est divisé en parts d'intérêts assez nombreuses, dont la gestion est confiée à un conseil d'administration, de telle sorte que les associés, considérés individuellement, y restent étrangers, l'inconvénient et l'injustice de la compensation sont palpables. Il serait donc désirable qu'on pût arriver sur ce point à une solution qui tînt mieux compte de l'intention commune et de la réalité des faits, qui donnât au patrimoine social, comme dans le cas précédent, une existence propre.

Je ne me dissimule pas qu'il est difficile d'arriver à ce résultat : voici, toutefois, sinon une preuve, du moins un aperçu qui montre que la solution désirée est susceptible de se concilier avec les principes généraux de notre droit. Dans les sociétés en nom collectif, on s'accorde à reconnaître que notre hypothèse ne comporte pas la compensation ; le créancier de la société, cependant, est en même temps créancier personnel de chaque associé, et, suivant l'opinion générale, peut agir contre lui sans se voir opposer le bénéfice de discussion : des auteurs considérables déci-

Digitized by Google

dent que l'action contre l'associé, n'est subordonnée qu'à une mise en demeure préalable de la société [1]. En vertu de cette simple exigence, la dette de l'associé prend un caractère subsidiaire assez prononcé pour que le créancier ne puisse l'employer à une compensation. Lorsqu'il s'agit de sociétés civiles, ne pourrait-on pas décider aussi que le créancier social ne doit pas agir *de plano* contre un associé isolé, qu'il est tenu, au préalable, de mettre en demeure la société représentée par ses administrateurs? Certes, rien n'empêcherait les parties d'introduire dans le contrat passé avec le créancier une obligation de ce genre : or, ne pourrait-on pas, dans bien des cas, sous-entendre une pareille clause, l'intention des parties n'est-elle pas marquée avec assez de netteté à cet égard lorsque l'obligation est contractée par une personne agissant au nom de la société, comme administrateur du patrimoine social; est-il besoin d'indiquer expressément que le créancier devra adresser une sommation à l'administrateur avant d'agir personnellement contre chaque associé? Si l'on admettait cette idée, on serait conduit à écarter la compensation, les membres d'une société civile se trouveraient dans une situation analogue à celle des associés en nom collectif, avec cette différence, toute en leur faveur, qu'ils ne sont pas tenus solidairement. Il est donc possible, dans bien des hypothèses, d'arriver par cette voie au résultat cherché; l'intention expresse ou présumée des parties, en obligeant le créancier à mettre en demeure tout d'abord la société, lui enlève le droit de compenser partiellement sa dette envers l'associé avec la créance qu'il possède contre la société.

§ 3.

Nous arrivons à une matière dans laquelle la doctrine a établi avec une entière confiance, l'effet propre de la personnalité. L'art. 529, C. civ., attribue le caractère mobilier aux actions et intérêts dans les compagnies de finance, de commerce et d'industrie : on s'accorde depuis longtemps à décider que cette énumération désigne uniquement les sociétés personnes morales,

[1] Lyon-Caen et Renault, *Précis*, n° 337 — *Traité*, t. II, n° 281.

Digitized by Google

que le caractère mobilier du droit est une conséquence attachée d'une façon exclusive à l'idée de personnalité. Si le droit des associés est tout entier mobilier, quelle que soit la composition du fonds social, c'est qu'il est tenu en échec pendant toute la durée de la société par le droit de l'être moral; c'est que les immeubles sociaux appartiennent non aux individus, mais à la personne fictive : l'associé, au lieu d'être co-propriétaire, a seulement un droit au partage des bénéfices, c'est-à-dire une créance purement mobilière. Supprimez l'être moral, placez-vous en présence d'une société civile, et vous arrivez nécessairement à une conséquence toute différente : chaque associé a un droit de co-propriété qui porte directement sur les divers biens composant le fonds social, et qui est mobilier ou immobilier suivant la nature de ces biens. En combinant cette idée avec le principe de l'effet rétroactif du partage, on arrive à constater que dans les sociétés civiles le caractère du droit est tenu en suspens jusqu'au moment du partage : il sera déterminé rétroactivement par la nature des biens qui tomberont au lot de l'associé.

N'y a-t-il pas sous cette explication si facilement acceptée quelque vice caché, un examen attentif ne découvre-t-il pas certaines objections singulièrement embarrassantes?

Remarquons d'abord que l'on crée une situation bien peu compatible avec les besoins de la pratique, qu'on multiplie comme à plaisir les difficultés pour le fonctionnement régulier du droit. Une société civile est constituée pour une assez longue durée, 50 ans par exemple : lorsqu'il s'agira de savoir quel est le caractère du droit de l'associé, de régler les nombreux rapports juridiques qui en dérivent, rien ne pourra être fixé ; il faudra attendre jusqu'à la dissolution de la société, plus encore, jusqu'à l'achèvement des opérations de partage. Quel long provisoire, combien d'intérêts en souffrance pendant ces interminables délais ! L'associé se marie, on ne sait pas si sa part entrera en communauté ou lui restera propre, si elle sera traitée comme dot mobilière ou immobilière ; il fait un legs général de ses meubles, impossible de déterminer le droit du légataire ; il décède laissant des enfants mineurs, les règles relatives à l'administration vont rester incertaines. Ne faudrait-il pas être bien sûr des intentions du légis-

Digitized by Google

lateur, se trouver en présence de motifs irréfutables, pour croire qu'il ait voulu consacrer des résultats aussi fâcheux ?

Au point de vue juridique, nouvelle cause d'hésitation. Dans les sociétés commerciales, le droit de l'associé sur le fonds social se trouve-t-il si bien annihilé par la propriété de l'être moral qu'il n'en subsiste plus rien? Beaucoup d'interprètes cessent maintenant, et avec raison, d'admettre un aussi complet anéantissement. Il faut reconnaître, en effet, que l'action ou l'intérêt contient non seulement un droit aux bénéfices, mais encore un droit au partage futur du fonds social; ce second droit, bien qu'il ne doive produire ses effets que plus tard, a une existence actuelle : il dérive du contrat de société, se forme en même temps que la convention, et est simplement retardé dans ses effets par un terme, qui n'en suspend pas l'existence; il est bien né et actuel dès que le contrat de société est signé, il existe *durante societate*. On ne saurait donc affirmer [1] que l'action, la part d'intérêt soit mobilière parce qu'elle ne confère dans le présent qu'un droit aux bénéfices.

Ce droit au partage, quelle en est la nature pendant l'existence de la société ? Des auteurs, pour le concilier avec le droit de propriété qui appartient à l'être moral, décident qu'il constitue un droit de créance; et comme la créance a pour objet non pas le corps certain, mais bien le fonds social considéré *in genere*, une universalité composée de choses fongibles, on s'explique facilement qu'elle ait un caractère mobilier [2]. Il n'est guère possible d'accepter cette théorie, elle ne se concilie pas avec les effets qui se produisent au moment où le droit entre en action. Lorsqu'un associé demande le partage après dissolution de la société, se présente-t-il comme créancier, invoque-t-il vraiment une dette de la société envers lui, réclame-t-il un paiement à ce débiteur dont la personne vient de disparaître? Il est bien évident qu'il agit à un tout autre titre : il se présente comme copropriétaire du fonds social, et c'est comme tel qu'il réclame le partage de la masse commune. Son droit de co-propriété est si bien reconnu qu'on décide que l'effet rétroactif du partage re-

[1] Lyon-Caen, note sous arrêt C. Paris, 18 août 1881, S. 1882. 2. 25.
[2] Boistel, *Précis*, n° 165.

Digitized by Google

monte à la dissolution de la société; on n'applique pas sous ce rapport la fiction suivant laquelle la société reste personne morale pour les besoins de la liquidation; pareil effet suppose nécessairement la qualité de copropriétaire. — Si l'associé est ainsi investi de la propriété dès l'instant de la dissolution, son droit a forcément le même caractère pendant l'existence de la société. Conçoit-on en effet que le droit change de nature par le seul fait de la disparition de l'être social, qu'une simple créance se transforme *ipso jure*, sans aucun paiement, sans aucune tradition, en droit de propriété? Il est vrai que les créances portant sur des corps certains transfèrent de plein droit la propriété; mais ici la prétendue créance porte sur un ensemble de biens, sur des choses fongibles, la règle ne saurait donc s'appliquer. Ainsi il est impossible d'admettre que l'associé soit simple créancier pendant la durée de la société : l'idée d'une créance, mise en avant pour concilier le droit individuel avec le droit de l'être moral, se trouve impuissante à fournir une explication; on est conduit par la logique à reconnaître au profit de l'associé un véritable droit de propriété, qui n'est que masqué, paralysé momentanément dans ses effets par les droits de l'être moral [1].

On voit combien il est difficile au fond d'accepter l'explication ordinaire sur le caractère mobilier des actions et intérêts dans les sociétés personnes morales : ces sociétés, comme les autres, laissent subsister la propriété des associés sur le fonds social et sur tous les immeubles qui en dépendent; le droit porte

[1] Cf. Labbé note dans *Sirey*, 1881. 2. 249. — Marc Sauzet, *Personnalité civile des syndicats*, *Rev. crit.*, 1888 nos 42 suiv. — Une difficulté se présente dans cette théorie nouvelle pour caractériser le droit de l'être social, qui ne peut plus être un droit de propriété ordinaire : si la propriété repose sur la tête des associés, elle ne saurait appartenir en même temps à la personne morale. Deux moyens se présentent, il nous semble, pour lever cette difficulté. Il est permis de dire d'abord que le droit de l'être social, n'étant créé que par une fiction, dans l'intérêt de la société, est un droit *sui generis*, qui ne produit ses effets que dans la mesure où la fiction est utile, qui disparaît dès que l'intérêt de la société n'est plus en jeu. On peut soutenir encore que la société n'a que l'administration du fonds social avec de larges pouvoirs de disposition : cette conception se concilie avec toutes les prérogatives que les statuts attribuent aux autorités sociales, et elle n'exclut nullement, comme nous l'avons démontré § 1, le gage exclusif des créanciers sur le fonds social.

Digitized by Google

donc souvent sur des objets immobiliers, le motif invoqué fait défaut.

A l'interprétation générale s'oppose encore une difficulté de texte. L'art. 529 parle des compagnies de finance, de commerce, ou d'industrie; or, en l'appliquant aux sociétés personnes morales, on transforme singulièrement le sens du texte; d'un côté on refuse de l'appliquer aux sociétés d'industrie qui seraient purement civiles, telles que des sociétés constituées pour exploiter des prises d'eaux, pour acquérir et construire des immeubles; d'un autre côté on l'étend à toute société, quel que soit son objet, qui a pris une forme commerciale. On en use librement aussi avec le texte de la loi de 1810 sur les mines, qui donne le caractère mobilier aux droits des associés dans les sociétés minières, quelle que soit la forme qu'elles aient prise; pour expliquer cette disposition, on admet que la loi confère la personnalité à toutes les sociétés minières, solution que n'exprime aucun mot du texte.

Enfin, si l'on interroge les travaux préparatoires, on voit qu'ils sont peu favorables à l'explication courante. L'idée d'une différence fondée sur la personnalité morale n'est exprimée ni dans les discussions au Conseil d'Etat ni dans l'exposé des motifs fait par Treilhard au Corps législatif; on ne le voit apparaître que dans le rapport de Goupil au Tribunat; il est clair que l'opinion du rapporteur, ainsi isolée, nouvelle dans la discussion, ne saurait avoir une grande autorité.

Voilà tout un ensemble de considérations qui sont de nature à ébranler profondément la théorie traditionnelle; reste à chercher comment elle pourrait être remplacée. Il nous semble qu'en écartant de l'art. 529 l'idée de personnalité civile, il se présente une explication parfaitement rationnelle, et qui fournit un excellent *criterium* pour déterminer les sociétés auxquelles bénéficie sa disposition.

Notre texte doit être considéré comme consacrant au profit de nombreuses sociétés un bénéfice légal, qui se justifie parfaitement par la nature des droits en présence. Le droit d'un associé comprend, d'après les développements qui précèdent, deux éléments distincts, un droit aux bénéfices, un droit de copropriété

Digitized by Google

sur les biens sociaux : l'un purement mobilier, l'autre susceptible de s'appliquer à des immeubles et de prendre ainsi un caractère immobilier. Or il serait impossible de traiter le droit total de l'associé, intérêt ou action, à la fois comme mobilier et comme immobilier, de lui appliquer pour un part les règles des meubles, pour une autre part les règles des immeubles : il faut nécessairement choisir, il est indispensable que l'un des deux éléments l'emporte. Dans cette situation la loi, pour déterminer le choix, a appliqué un principe qui se présentait tout naturellement à l'esprit, et auquel la science juridique fait bien souvent appel, elle a cherché quel est l'élément qui joue le rôle principal dans les considérations des associés, dans la formation de la société, et elle est arrivée ainsi à établir une distinction parfaitement logique. Pour les sociétés visées par l'art. 529, le but essentiel des associés est de réaliser et de partager des bénéfices ; le fonds social n'est qu'un instrument destiné à être mis en œuvre par le travail, on considère moins le fonds que les fruits qu'il produira ; ce n'est pas pour devenir propriétaires de tel bien déterminé que les associés se sont groupés, c'est avant tout pour exercer une industrie au moyen de ce bien, et pour partager les produits de l'entreprise. L'élément dominant ayant un caractère mobilier, rien de plus rationnel que d'étendre ce caractère au droit tout entier : les biens sociaux, qui sont relégués au second plan, qui n'apparaissent que comme les instruments de l'entreprise, ne doivent pas déterminer la nature du droit.

Cette explication, à vrai dire, n'est pas nouvelle, elle est donnée de la manière la plus nette dans l'exposé des motifs : « Les actions sont meubles, dit Treilhard, parce que les bénéfices qu'elles procurent sont mobiliers ; la règle est juste même lorsque la société a dû acquérir quelques immeubles pour l'exploitation de l'entreprise : cette entreprise est toujours le principal objet de l'association, dont l'immeuble n'est que l'accessoire, et la qualité d'une chose ne peut être déterminée que par la considération de son objet principal [1]. » Impossible évidemment de caractériser dans des termes plus clairs l'intention du législateur ; impossible

[1] Locré, t. VIII, p. 56.

Digitized by Google

de trouver une confirmation plus éclatante de la théorie que nous exposons.

Si l'on admet cette justification si naturelle de l'art. 529, il est clair que la personnalité civile cesse d'exercer une influence sur le caractère du droit, qu'elle n'est plus le *criterium* de la distinction à faire. L'article s'applique à toute société, quelle que soit sa nature, où l'acquisition d'immeubles n'apparaît que comme un élément accessoire, comme un moyen et non comme un but. On sera donc conduit à étendre le bénéfice de notre texte aux sociétés en participation, qui tendent principalement, comme toute autre société commerciale, à la réalisation de bénéfices. On l'appliquera encore aux sociétés civiles, lorsqu'elles présenteront le même caractère ; des sociétés civiles se constituent, par exemple, pour exploiter des eaux, pour en régler la distribution, et exécuter les travaux nécessaires à ces opérations ; alors même que la société ne prendrait pas une forme commerciale, les parts d'intérêt n'en auraient pas moins un caractère mobilier, car les immeubles dont la société devient propriétaire ne constituent pour elle qu'un élément accessoire.

Quelles sont, d'autre part, les sociétés auxquelles notre texte reste étranger, et quelle sera dans ces sociétés la nature du droit? La question est de prime abord embarrassante, puisque toute société, aux termes de l'art. 1832, est constituée en vue de partager un bénéfice ; la réalisation de bénéfices semble donc être, dans tous les cas, le but principal des associés, de telle sorte que le droit serait toujours mobilier, que l'art. 529 comprendrait toutes les sociétés sans distinction. La difficulté cependant n'est pas insoluble : il existe des sociétés dans lesquelles le but principal des associés est de devenir propriétaires d'immeubles, d'opérer un placement immobilier analogue à celui que ferait un individu agissant isolément ; l'immeuble n'apparaît plus seulement comme l'instrument au moyen duquel s'exercera l'industrie des associés, son acquisition constitue l'objet essentiel de la société ; sans doute on recueillera des bénéfices, mais ces bénéfices seront constitués surtout par le revenu de l'immeuble, sans autre travail que l'administration des propriétaires. Supposons, *v. g.*, qu'une société se constitue pour acquérir des immeubles destinés à la location :

Digitized by Google

le but des associés est avant tout de faire un placement immobilier, d'acquérir pour leurs capitaux les avantages particuliers attachés à ce mode de placement : l'art. 529 doit alors être écarté. Dans cette hypothèse, la nature du droit ne sera pas tenue en suspens, comme l'enseigne la théorie courante ; faute d'un texte spécial, on n'attendra pas jusqu'au moment du partage pour régler rétroactivement le caractère mobilier ou immobilier de la part d'intérêt. Appliquant le principe que nous indiquions tout à l'heure, la prédominance de l'élément principal, nous dirons que le droit est immobilier, et qu'il l'est pour la totalité, sans qu'on ait à tenir compte des meubles accessoires qui entrent dans le fonds social ; la nature immobilière de l'objet principal étend son influence sur l'ensemble du droit. — De même plusieurs personnes s'associent pour acheter un bois et vendre les coupes dans les conditions où le font ordinairement les propriétaires ; ici encore le but principal est de placer les fonds en immeubles, le droit sera immobilier.

La doctrine que nous exposons peut conduire à refuser à des sociétés de ce genre le bénéfice de l'art. 529 même lorsqu'elles ont pris une forme commerciale, et acquis ainsi la personnalité civile : c'est l'intention des associés qui doit être prise en considération, et dans bien des cas elle n'est pas modifiée par la forme qu'affecte la société. Ainsi, en supposant que la société soit constituée en nom collectif, l'intention des associés n'en reste pas moins la même, c'est toujours l'acquisition d'immeubles qui constitue le but principal, et qui détermine ainsi la nature du droit : les parts sociales sont donc immobilières, malgré la personnalité de la société. Sur ce point encore nous devons abandonner la théorie commune, et il nous semble que ce changement rend les solutions plus rationnelles ; n'est-il pas singulièrement choquant, en effet, de considérer comme mobilier le droit de deux personnes qui ont constitué une société en nom collectif pour acheter et louer un immeuble ?

Serons-nous amené fatalement à étendre cette solution au cas où la société se sera constituée par actions ; devrons-nous considérer comme droits immobiliers les actions dans les sociétés foncières formées pour acquérir et louer des immeubles ? Ce serait

Digitized by Google

créer des embarras sérieux pour ces sociétés, entraver leur fonctionnement, établir entre leurs titres et ceux des autres sociétés une différence qui paraîtrait peu motivée. Heureusement la logique ne nous paraît pas exiger une semblable solution. Lorsque la société se constitue par actions, en effet, l'intention des associés prend généralement un caractère nouveau ; c'est la réalisation de dividendes, et non plus l'acquisition d'immeubles, qui devient le but principal. L'actionnaire ne cherche pas pour ses capitaux un placement immobilier, son attention n'est pas attirée sur tels immeubles déterminés dont il tient avant tout à devenir propriétaire ; étranger le plus souvent à l'administration de la société, ne possédant qu'une part minime du fonds social, peu préoccupé de connaître exactement les immeubles dont il se compose, il dirige ses regards avant tout sur les dividendes. On doit donc, pour l'application exacte des principes que nous avons formulés, reconnaître à son action le caractère mobilier, notre doctrine n'est pas en opposition sur ce point avec les exigences de la circulation et les usages reçus.

Nous voyons ainsi que la théorie de la personnalité civile, introduite par les interprètes dans l'explication et le commentaire de l'art. 529, n'a abouti à fournir ni une explication juridique, ni des solutions entièrement satisfaisantes. En revenant purement et simplement au motif donné par Treilhard, en l'acceptant dans les termes mêmes où il est fourni, et en supprimant par là tout *criterium* fondé sur la personnalité, on construit une théorie plus rationnelle et beaucoup mieux accommodée aux besoins de la pratique : le caractère de l'intérêt dans les sociétés dénuées de personnalité n'est plus tenu en suspens pendant une période démesurément longue, il est fixé définitivement dès l'origine de la société conformément aux distinctions que nous venons d'établir.

§ 4.

La personnalité civile confère aux sociétés qui en sont investies une faculté précieuse pour la protection de leurs droits, précieuse aussi pour les tiers qui sont en rapport avec elle, c'est le

Digitized by Google

droit d'ester en justice : la société qui constitue un être juridique véritable peut assigner ou être assignée sous son nom, elle est représentée dans ce rôle par son président ou ses administrateurs.

Quelle est, sous ce rapport, la situation des autres sociétés? La question ne peut pas être résolue par une simple formule, plusieurs règles doivent être combinées.

Un point qui apparaît tout d'abord avec évidence, c'est que la société, faute de personnalité, ne peut adresser ni recevoir *en son nom* aucune assignation. En même temps il faut tenir compte de la maxime : « *Nul ne plaide par procureur* », maxime impliquant que le titulaire du droit ou de l'obligation doit figurer en nom dans l'instance, que la poursuite ne saurait être faite sous le nom unique d'un mandataire. Comme les droits et les dettes reposent directement sur la tête des associés, il semble bien résulter de cette maxime que tout procès où figurera la société devra mettre en cause personnellement chaque associé : la société poursuit-elle un débiteur, il faudra que les noms de tous les associés figurent dans l'assignation; est-elle poursuivie, un exploit séparé devra être adressé à chacun d'eux.

Une interprétation aussi rigoureuse crée les difficultés les plus graves, soit pour la société, soit au détriment des tiers qui se trouvent en rapport avec elle; la procédure ainsi organisée aboutirait dans bien des cas à supprimer toute possibilité d'agir en justice. Aussi la jurisprudence, soucieuse des besoins de la pratique, a-t-elle fait d'incessants efforts pour l'écarter; s'appuyant dans cette lutte sur certains principes qui modèrent l'application de l'ancienne maxime, elle est arrivée, sinon à une victoire complète, du moins à des résultats satisfaisants, qui rendent l'action en justice plus facilement accessible. Elle ne pouvait pas réussir cependant à ouvrir l'accès des tribunaux aussi largement que pour les personnes civiles, on constate vraiment sous ce rapport une différence entre les deux classes de sociétés. Essayons de préciser la situation exacte créée par le mouvement de la jurisprudence.

On obtient un premier résultat important en déterminant le sens précis de la maxime : « Nul ne plaide par procureur ». Il est bien certain qu'elle n'empêche nullement un plaideur de con-

Digitized by Google

fier le soin de son procès à un mandataire, qui sera chargé de le diriger et de suivre toutes les phases de l'instance; bien plus, elle ne s'oppose pas à ce que plusieurs personnes ayant des intérêts semblables se fassent représenter collectivement par le même mandataire. Tout ce qu'elle implique, c'est que le mandant ou les mandants devront figurer sur les actes comme titulaires des droits, c'est que d'autres individus ne pourront pas se présenter comme créanciers ou débiteurs. Primus et Secundus, voulant poursuivre leur débiteur commun, ont donc sans aucun doute le droit de confier leur procès à un mandataire unique, Tertius, et l'exploit d'assignation sera valablement rédigé à la requête de Tertius, agissant comme mandataire de Primus et de Secundus. Dès lors, les associés peuvent échapper à de sérieuses difficultés et à des frais onéreux en groupant leurs actions sous la direction d'un mandataire. Les statuts stipulent, v. g., que toutes les actions sociales seront exercées par le président de la société ou contre lui, comme représentant les associés; pareille clause sera certainement valable, et à elle seule elle simplifiera singulièrement les formalités : un exploit unique sera suffisant, que la société soit demanderesse ou défenderesse, et les significations ultérieures seront faites comme si le président était seul en cause[1].

Ce procédé n'aplanit pas cependant tous les obstacles; comme le mandataire ne peut pas plaider en son nom, il faut que l'exploit désigne ses mandants, qui sont les véritables parties du procès, et l'art. 61 Pr. civ., exige que cette désignation fasse connaître exactement les noms, profession et domicile des parties. Pour suivre à la lettre cette prescription, il faudra donc que l'exploit désigne nominativement chaque associé; en présence d'une société nombreuse, la difficulté devient grave, les dangers de nullité se multiplient. On écarterait l'obstacle en admettant dans les actes de procédure une mention collective pour les associés : le président serait indiqué comme représentant les membres de telle société, sans autre désignation. Ce procédé est-il valable?

La jurisprudence, en présence du texte de l'art. 61, a posé en principe qu'une désignation vague est insuffisante : lorsque *Primus*

[1] Cf. Bourguignat, note sous cass., 26 mars 1878. S. 79, 1, 17.

Digitized by Google

est mis en cause dans une instance avec plusieurs co-intéressés, l'exploit ne peut être libellé, par exemple, au nom de *Primus et consorts*[1]. En matière d'association, cependant, la règle n'a pas toujours été appliquée avec une rigueur absolue : quelques arrêts de cassation, sans se prononcer nettement sur la question de principe, ont admis la validité d'assignations dans lesquelles tous les demandeurs, membres d'un cercle, n'étaient pas nommément désignés. Citons en ce sens un arrêt du 25 juin 1866 (S. 66. 1. 358), rendu en faveur du cercle de Montbard : un procès avait été engagé par deux administrateurs agissant comme mandataires des membres du cercle, et il résulte des termes du pourvoi que ces administrateurs seuls étaient nommés dans l'exploit : la Cour suprême admet la validité de la procédure. Une décision analogue est contenue dans un arrêt du 20 juillet 1878 (cercle catholique d'Epernay; S. 80. 1. 89). Toutefois on chercherait en vain dans ces arrêts une règle ferme décidant que l'art. 61 est inapplicable aux associés : les motifs se bornent à indiquer que l'action est recevable parce que plusieurs co-intéressés ont le droit de désigner un mandataire unique : le vice de forme résultant de mentions insuffisantes n'est pas visé par les juges.

Il serait téméraire sans doute de généraliser la doctrine qui semble ressortir de ces arrêts, et d'admettre qu'un exploit peut être rédigé au nom du président, comme représentant les membres d'une société : le texte de l'art. 61 se trouverait ouvertement violé. Mais la jurisprudence est arrivée par une autre voie à écarter dans bien des hypothèses la règle légale.

Plusieurs arrêts formulent le principe que la maxime « Nul ne plaide pas procureur » n'est pas d'ordre public ; en conséquence les parties ont le droit de renoncer à l'invoquer, et pareille renonciation peut être faite même d'avance, antérieurement à tout procès : le renonçant n'aura plus le droit d'arguer de nullité un exploit dans lequel le mandataire seul se trouverait désigné. Dès lors l'art. 61 se trouve souvent dénué d'effet : une renonciation existe par ce seul fait que les statuts confèrent au

[1] Sur les applications de cette règle consulter les arrêts cités dans le répertoire de Fuzier-Herman. *V. action en justice*, nos 153 et suiv. — *V. ajournement*, nos 34, 47, 48.

Digitized by Google

président le droit de représenter la société, et que les parties en cause ont donné leur adhésion à cette disposition : cette renonciation anticipée couvrira la nullité de forme de l'exploit (Cass. 19 février 84, S. 86. 1. 69. — Cass. 27 janvier 90, *Gaz. Palais*, 6 mars 90). Lorsqu'un procès sera pendant entre la société et l'un de ses membres, l'exploit sera donc valablement rédigé au nom du président.

Ce moyen ingénieux fournira-t-il un secours lorsque la société agira contre un tiers avec lequel elle aurait contracté? Il nous semble que l'affirmative peut être admise très logiquement au cas où la société aurait donné au tiers, lors du contrat, connaissance suffiante de ses statuts. Le tiers qui a consenti à traiter avec la société, après avoir pris connaissance des statuts, a renoncé implicitement à se prévaloir du vice de forme; la renonciation est tout aussi complète, tout aussi valable, venant de lui, que d'un associé. Réciproquement les associés qui se sont soumis à la clause n'auront pas le droit d'invoquer contre les tiers l'exception de nullité : le tiers pourra assigner la société dans la personne de son président. Toutes ces conséquences se trouvent implicitement comprises dans le principe formulé par la jurisprudence.

On est donc arrivé, même en matière de procédure, à établir une assimilation presque complète entre les sociétés civiles et les sociétés commerciales : il ne reste plus qu'une faible barrière établie par le texte de l'art. 61, et chaque jour de nouveaux efforts la font plier. Le moment est proche peut-être où le législateur la supprimera entièrement en décidant que les associés ne doivent pas nécessairement figurer en nom dans l'instance. Des dispositions de ce genre sont consacrées par plusieurs législations voisines, et nous devons notre entière approbation à une réforme qui, abolissant de vaines exigences de formes, rendrait la justice mieux assurée[1].

Les développements qui précèdent amèneront peut-être nos lecteurs à conclure avec nous que la fiction de la personnalité n'est pas nécessaire pour justifier les effets principaux que l'usage y a attachés : ni le gage des créanciers sur le fonds social,

[1] Cf. Lyon-Caen et Renault. *Traité*, t. II, nos 125 suiv. Note Lyon-Caen sous Cass. 25 mai 1887, S. 88, 1. 161.

Digitized by Google

ni la compensation, ni même le caractère mobilier des parts d'intérêt ne sont affectés sensiblement par la disparition de l'être moral : l'indivision isole le fonds social dans la fortune des associés et lui communique des qualités analogues à celles qu'entraîne la personnalité. MARCEL MONGIN.

BIBLIOGRAPHIE.

MANUEL DE DROIT CONSTITUTIONNEL

Par M. Th. AUMAITRE

Compte rendu par M. Ch. TESTOUD, professeur à la Faculté de droit de Grenoble.

Le droit constitutionnel figure, depuis près de dix ans, dans le programme des études exigées pour le doctorat; il figure depuis une année, dans le programme de la licence. Et cependant notre littérature juridique ne s'est guère enrichie, de ce côté. Si l'on met à part le livre de M. Saint-Girons, dont nous avons jadis rendu compte ici même, il n'a été publié, dans l'intervalle, à l'usage des étudiants en droit, ni traité, ni précis de Cours de droit constitutionnel, alors que les autres branches de l'enseignement, plus favorisées, étaient l'objet de publications nombreuses. A quelle cause attribuer cette lacune, ou pour mieux dire cet abandon ? Ce n'est pas à coup sûr que les études de droit constitutionnel manquent d'intérêt. Elles sont au contraire d'utilité presque immédiate, dans des écoles d'où sortent la plupart des administrateurs et des hommes politiques. C'est dans ces écoles qu'il convient de donner des notions développées et précises sur l'organisation actuelle des pouvoirs publics, sur ses antécédents historiques, sur les tendances que la démocratie y fait prévaloir et enfin sur la situation constitutionnelle des pays qui nous entourent. On objectera peut-être qu'il ne saurait être bon d'introduire la politique dans nos écoles et de transformer les facultés de droit en séminaires de politiciens. Mais, sans nier la petite part de vérité que contient cette remarque, il est

Digitized by Google

certainement possible, tout en restant dans le domaine de la science, d'initier le public de nos facultés à des principes qui sont certains, sur lesquels notre société repose et que l'avenir ne peut que développer. A la vérité, les ouvrages consacrés au droit administratif contiennent toujours quelques chapitres de droit constitutionnel. Mais ces chapitres sont généralement bien sommaires. On a hâte d'abandonner des matières réputées sans utilité pour le jurisconsulte et qui paraissent être plutôt du domaine des polémiques de la presse. De plus, le droit constitutionnel n'appelle pas la même méthode d'exposition que le droit privé et peut-être est-ce dans cette différence de méthode qu'il faut aller chercher l'obstacle qui a quelque peu entravé jusqu'ici le plein épanouissement des études de droit public, dans nos facultés. Le droit privé comporte une méthode de patiente analyse des textes, dont on cherche presque toujours à suivre la lettre. Le droit public n'exclut pas certainement l'interprétation des textes. Mais, ici, bien plus qu'en matière de droit privé, tout n'est pas dans la lettre des lois. On est obligé d'observer les phénomènes sociaux et leur évolution, de dégager les lois de ces phénomènes et d'en chercher les applications plus ou moins directes, dans les institutions politiques. Les précédents, les traditions de la pratique constitutionnelles jouent ici un rôle presque décisif (Voir l'étude de M. R. Saleilles sur la méthode historique, dans l'enseignement du droit, *Revue de l'enseignement supérieur*, 1890. page 499). On peut même dire que l'esprit d'analyse convient médiocrement à l'enseignement du droit public. Il y faut procéder par vues d'ensemble, par considérations élevés, embrassant toute l'histoire d'une nation. Or la nature des études auxquelles on se livre avec le plus de prédilection, dans nos écoles de droit, a l'inconvénient de mal préparer les esprits à de semblables travaux, si ce n'est de les en détourner. Ce n'est pas le lieu de chercher le remède à des inconvénients dès longtemps signalés. Il suffit de dire qu'il y a là un argument nouveau en faveur de la réforme de notre enseignement juridique, par l'extension des études politiques et sociales.

Si l'on a généralement reculé devant une œuvre considérable

Digitized by Google

sur le droit constitutionnel, à plus forte raison devait-on reculer aussi devant l'œuvre plus modeste du manuel. Ce genre d'écrits, souvent déprécié en raison de sa destination, est en effet d'exécution plus difficile qu'un véritable livre. Les ouvrages étendus, a-t-on dit, sont ceux que l'on n'a pas eu le temps de faire courts. Dans un manuel, point de liberté pour les développements. Il faut des formules d'une rigoureuse précision. Or ces formules supposent une doctrine arrêtée, pouvant se concentrer en une série d'axiômes. Le droit constitutionnel comportait-il un travail semblable? Bien que M. Aumaître ait réussi dans son entreprise, il est permis d'en douter. Nous sommes ici dans une province de la science bien moins explorée, bien moins connue que les diverses régions du droit privé. Beaucoup de travaux spéciaux, beaucoup d'écrits de controverse ont été publiés. Le livre lui même se fait attendre; or le manuel peut-il précéder le livre?

M. Th. Aumaître n'a pourtant pas hésité. A la série de ses manuels de droit civil, il vient d'ajouter un manuel de droit constitutionnel, que nous devons apprécier.

Dans un ouvrage élémentaire tel que celui-ci, ce ne sont guère les solutions qui doivent appeler une critique hostile ou bienveillante. Les théories sont en général les théories couramment admises. Elles font presque partie du domaine public. L'auteur parfois ne prend même pas le soin de conclure : il aborde une question controversée, indique les sens divers dans lesquels elle est résolue et laisse le choix d'une solution au lecteur. Ce qui doit attirer surtout l'attention dans un manuel, c'est le plan d'ensemble. La méthode est ici plus que jamais nécessaire et ses imperfections apparaissent d'une façon bien plus saillante que dans un livre, où les développements réussissent parfois à voiler un vice de disposition des matières. On doit aussi, en examinant un manuel, se préoccuper des définitions, car c'est souvent par là que se montre l'insuffisance de ce genre d'écrits.

Le plan de M. Aumaître comporte quatre parties. La première sur les Constitutions en général. Vient ensuite l'historique des lois de 1875. La troisième partie est consacrée à l'organisation actuelle des pouvoirs publics. La quatrième a pour objet la réglementation des libertés publiques. Ce plan ne soulève pas de

Digitized by Google

critique sérieuse et après expérience faite, il nous semble le plus pratique au point de vue de l'enseignement. Notons toutefois que M. Aumaître a donné plus d'étendue au droit constitutionnel que ne l'avait fait M. Saint-Girons. Il y fait figurer la réglementation des libertés publiques, se conformant ainsi aux vues exprimées par M. Guizot, dans l'exposé des motifs du décret du 22 août 1834. « C'est, disait M. Guizot, l'exposition de la Charte et des garanties individuelles, comme des institutions politiques qu'elle consacre. » Nous aurions préféré, pour notre part, abandonner les libertés publiques soit au droit administratif, soit au droit pénal ; car il nous semble que le domaine véritable et incontesté du droit constitutionnel, se trouve dans l'organisation des divers pouvoirs publics. M. Aumaître a du reste senti lui-même la nécessité de ne pas empiéter sur des enseignements voisins, quand il a exclu l'organi sation judiciaire, par le motif qu'elle était nécessairement comprise dans le cours de procédure.

La première partie, sur les constitutions en général, reproduit la distinction classique du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués. Passant au contenu de la constitution, M. Aumaître déclare (chapitre VI) que « le point capital d'une constitution est la détermination des pouvoirs chargés de la mettre en exercice et composant le pouvoir exécutif ou gouvernement. » Cette dernière partie de la formule ne nous paraît pas heureuse. Il n'est pas vrai de dire que l'organisation de l'exécutif soit l'objet essentiel de toute constitution. Nous avons assez vu de constitutions, depuis plus d'un siècle, pour savoir par expérience qu'un acte de ce genre doit organiser les trois grands pouvoirs de l'État et régler leurs rapports respectifs. La suppression de la fin de la phrase que nous critiquons est donc nécessaire.

Nous trouvons dans la deuxième partie un historique des lois constitutionnelles de 1875. Cette partie qui est d'une grande brièveté prend notre histoire politique au 5 septembre 1870. L'auteur met en lumière les hésitations, les incertitudes de l'assemblée de 1871 et les actes successifs qui préparèrent par une lente évolution nos institutions actuelles. Cet historique est-il suffisant ? Le lecteur n'a connaissance qu'en passant et à propos des divers pouvoirs publics des constitutions nom-

Digitized by Google

breuses dont on nous a gratifiés depuis 1791 et de plus les institutions de l'ancienne France monarchique lui demeurent tout à fait inconnues. N'y a-t-il pas là une lacune à réparer?

Il ne saurait être bien entendu question de résumer chacune de nos constitutions antérieures. Ce serait une énumération fastidieuse et inutile, car, si nos constitutions ont souvent changé, elles se sont aussi bien souvent répétées. A la place de cette énumération, ne serait-il pas possible d'établir une sorte de synthèse historique et en négligeant les détails d'intérêt passager de ramener nos constitutions à quelque types généraux. Nous aurions ainsi d'abord les Républiques non parlementaires de la constitution de l'an III et de la constitution de 1848, les constitutions impériales non parlementaires également, de l'an VIII, de l'an X et de l'an XII et enfin de 1852 ; les constitutions impériales parlementaires de l'acte additionnel de 1815 et de 1870; les constitutions monarchiques parlementaires, des deux chartes ; et enfin la République démocratique et parlementaire de 1875. On pourrait montrer ici que cette dernière était contenue en germe, dans les constitutions de l'an III et de 1848. Le régime parlementaire paraît en effet supposer deux éléments : la dualité du pouvoir législatif et la responsabilité ministérielle. Nos pères n'avaient résolu qu'à moitié le problème. La constitution de l'an III établissait deux chambres, dont tout le monde avait compris la nécessité, après les orages et la dictature de la Convention. Ce n'était pas encore cependant le régime parlementaire, dans sa plénitude, car la responsabilité ministérielle n'existait pas. En 1848, on déclare le ministre responsable, devant l'Assemblée; mais cette assemblée est une assemblée unique, à moins que l'on ne suppose que par la pratique, le Conseil d'État élu par les députés ne fût destiné à devenir plus tard une seconde Chambre. Et au milieu de ce défilé de constitutions, il serait possible de mettre en évidence certains principes permanents, dont on s'est rarement écarté et qui ayant aujourd'hui la consécration du temps forment la base de notre droit public. Ce serait là, à notre sens, la partie peut-être la plus intéressante de l'enseignement. On ne peut en effet se confiner étroitement dans le commentaire des lois en vigueur. Ces lois ont des précédents qui ne sont pas très

Digitized by Google

anciens et qu'il importe d'autant plus de faire connaître. Il faut que l'on sache par quelles erreurs notre pays a passé et aussi les vérités auxquelles il semble s'être attaché, d'une façon constante ! « Quand la France discute maintenant des projets de constitution, dit Prévost-Paradol (*Essais de politique et de littérature*, t. I, p. 184), elle est jusqu'à un certain point éclairée par sa propre expérience et celle des autres peuples et, si elle se trompe, c'est dans de certaines limites. Au début, on s'élançait librement dans le champ du rêve... » Ainsi, la séparation des pouvoirs formulée législativement pour la première fois en 91 n'a-t-elle pas été depuis lors la base de tous nos actes constitutionnels ? Les uns, en cas de conflit, ont donné la prépondérance à l'exécutif ; les autres aux assemblées. Mais toujours on a senti que ces pouvoirs étaient distincts par leurs objets, et qu'ils devaient être séparés ; que, d'autre part, ils concouraient à une œuvre commune et que dès lors leur séparation ne pouvait aller jusqu'à l'isolement. La division du pouvoir législatif n'est-elle pas aussi, bien qu'à un moindre degré, une base de notre droit public. Repoussée en 1791, par la droite qui craignait de faire une Chambre haute, avec les transfuges de la noblesse et du clergé, et par la gauche qui croyait déjà voir se relever, à la faveur d'une Chambre haute, l'influence du clergé et de la noblesse, elle fut admise sous la pression de la nécessité et de l'expérience par la Convention elle-même, dans la constitution de l'an III. Elle reparaît dans l'acte additionnel, subsiste pendant 34 ans sous les deux chartes, et est consacrée enfin en 1875 par les lois qui nous régissent encore. N'y a-t-il pas là un précédent digne d'être mis en lumière ? Il serait avantageux de faire comprendre aux générations nouvelles que les constitutions ne s'improvisent pas ; que, selon un mot célèbre, elles sont filles du temps et non des hommes, et que ce pays qui a une si brillante tradition de droit privé est en voie de se créer une doctrine et une tradition de droit public.

La 4me partie consacrée aux libertés publiques et aux principes de 1789 ne provoque pas d'observation critique. Elle vient en son lieu et contient les notions essentielles.

Si du plan d'ensemble, nous passons aux détails, il nous semble que d'assez importantes remarques peuvent être faites.

Digitized by Google

Sur la théorie du droit de suffrage, l'auteur discute assez longuement la question de la représentation des minorités, celle du suffrage des femmes, etc. Il ne dit rien du point de savoir si le vote doit être obligatoire. C'est cependant un problème à l'ordre du jour (Voir M. Paul Laffitte, *Le suffrage universel et le régime parlementaire*, p. 143) et un problème qui en soulève un autre bien plus général : Le droit de suffrage est-il une fonction sociale que le citoyen doit nécessairement remplir, ou une pure faculté qu'il puisse s'abstenir d'exercer ?

Plus loin, au sujet de la séparation des pouvoirs, on nous dit qu'il y est dérogé par le droit du Parlement de mettre en mouvement la responsabilité ministérielle, et aussi par la participation de l'exécutif à l'accomplissement de l'œuvre législative. Ne serait-il pas plus vrai de dire que la loi constitutionnelle doit régler leurs procédés de collaboration ?

Citons encore deux inadvertances : M. Aumaître nous dit (page 68) que les pairs ont été héréditaires en 1814 et en 1830. Cependant, l'art. 23 § 29 de la charte du 14 août 1830, modifié par la loi du 29 décembre 1831, déclare que la dignité des pairs est conférée à vie et n'est pas transmissible par hérédité.

Le corps électoral sénatorial, de la constitution de 1875, comprendrait, selon M. Aumaître, le président du tribunal, comme membre de droit (p. 71). Il y a là une obscurité. Le président du tribunal n'est pas électeur sénatorial, il ne fait que présider aux opérations électorales et ce n'est que dans ce sens qu'il fait partie du corps électoral.

Nous n'insistons pas sur ces légères imperfections qu'une nouvelle édition fera disparaître. M. Aumaître avait à résumer un enseignement nouveau dont le domaine n'est pas encore nettement circonscrit. Il n'est pas étonnant que son œuvre prête à quelques critiques. Dans tous les cas, elle sera profitable aux étudiants.

On s'étonnera peut-être de l'importance donnée au compte rendu d'un simple manuel, sans prétention scientifique. Malesherbes dit quelque part : « Je connais des magistrats qui regardent comme un abus de laisser imprimer sur la jurisprudence des livres élémentaires et qui prétendent que ces livres diminuent le

Digitized by Google

nombre des véritables savants. » Cette manière de voir est toujours vraie, mais le livre de M. Aumaître n'encourt pas cette critique. D'ordinaire, le manuel suit les livres et dispense de les lire, l'étudiant en quête d'un diplôme. Cette fois, le manuel a précédé les livres. Grâce à M. Aumaître, il est possible de jeter un coup d'œil général sur une partie du droit encore peu explorée, et cette vue d'ensemble ne peut que provoquer à l'étude, bien loin d'en détourner. CH. TESTOUD.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Digitized by Google

TABLE PAR ORDRE DES MATIÈRES

Pages.

DROIT CIVIL.

Examen doctrinal, jurisprudence civile, par *J. Charmont*..... 1
De la maxime *error communis facit jus*, par *M. Ernest Valabrègue*. 30
Examen critique du projet de réforme de la séparation de corps adopté par le Sénat (28 janvier 1886), par *M. Jules Cabouat*. 102, 206
De la propriété des minutes des anciens tabellionages, par *M. E. Tainturier*..... 142
Le dol et la faute des incapables dans les contrats, par *M. A. Deschamps*..... 271
Examen doctrinal, jurisprudence civile, par *M. Marcel Planiol*. 321
Le nu-propriétaire et l'usufruitier sont-ils dans l'indivision ? — *Quid* de l'usufruitier d'un ensemble de biens et du nu-propriétaire d'une partie de ces mêmes biens? par *M. L. Zéglicki*..... 437
Examen doctrinal, jurisprudence civile, par *M. Ch. Massigli*... 449
De la propriété et des servitudes rurales d'après la loi de 1791, par *M. Ferdinand Jacques*..... 492, 549, 626
Comment se règle le rapport à succession d'un immeuble constitué en dot conjointement ou solidairement par les père et mère à leurs enfants, lorsque cet immeuble appartenait en propre à l'un des époux ? (art. 1438 et 1544, C. civ.), par *M. René Tortat*..... 563

DROIT COMMERCIAL, INDUSTRIEL ET MARITIME.

Le livret obligatoire des ouvriers par *M. Marc Sauzet*.... 21, 216, 345, 406
Examen doctrinal, jurisprudence en matière de droit maritime et de droit industriel, par *M. Ch. Lyon-Caen*..... 529
Examen doctrinal, jurisprudence commerciale, par *M. H. Bonfils*. 673
Etude sur la situation juridique des sociétés dénuées de personnalité, par *M. Marcel Mongin*..... 697

DROIT CRIMINEL.

Examen doctrinal, jurisprudence criminelle, par *M. E. Gardeil*. 81
Le Congrès d'anthropologie criminelle de Paris, par *M. E. Gauckler*. 639

DROIT PUBLIC ET ADMINISTRATIF.

Examen doctrinal, jurisprudence administrative, par *M. Brémond*. 161, 593
De l'imprescriptibilité des biens des communes par rapport à leurs maires, par *M. Henri Pascaud*..... 429
Etude sur la responsabilité civile des ministres vis-à-vis de l'Etat, par *M. Merlin* (de Thionville)..... 463

DROIT INTERNATIONAL ET LÉGISLATION COMPARÉE.

Examen doctrinal, droit international, par *M. Chausse*..... 385

ENREGISTREMENT.

Examen doctrinal, jurisprudence en matière d'enregistrement, par *M. Ch. Testoud*..... 257

HISTOIRE DU DROIT.

La prétendue science du droit romain au moyen-âge avant Irnérius, et le nouvel ouvrage de *M. Flach*, par *M. Gavet*.... 151

BIBLIOGRAPHIE.

Les principes fondamentaux du droit par le comte *de Vareilles-*

Digitized by Google

Pages.

Sommières, compte rendu par *M. Marcel Planiol*..... 76

Du rapport des dettes (théorie du prélèvement dans le partage des successions, des sociétés et de la communauté entre époux), par *M. A. Deschamps*; compte rendu par *M. F. Larnaude*..... 158

Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le Code civil allemand, par *M. Raymond Saleilles*; compte rendu par *M. Ferd. Larnaude*..... 373

Choix de réquisitoires prononcés à la Cour d'assises de la Seine, par *M. L. Sarrut*; compte rendu par *M. Ch. Testoud*... 378

Le travail des femmes et des enfants dans l'industrie. — La réforme de la loi du 19 mai 1874 devant la Chambre des députés, par *M. Raoul Jay*; compte rendu par *M. Balleydier*..... 381

Des hautes Cours politiques en France et à l'étranger, et de la mise en accusation du Président de la République et des ministres. — Etude de droit constitutionnel et d'histoire politique, par *M. Adolphe-Emile Lair*; compte rendu par *M. A. Desjardins*..... 382

Les manieurs d'argent à Rome, par *M. Antonin Deloume*; compte rendu par *M. Joseph Bressolles*..... 441

Dictionnaire pratique des actions possessoires et du bornage, par *MM. Archambault et Senly*; compte rendu par *M. Antoine Faure*..... 446

Loi anglaise sur la faillite (du 25 août 1883), par *M. Ch. Lyon-Caen*; compte rendu par *M. Albert Arnal*..... 510

Huit jours en Kabylie. — A travers la Kabylie et les questions Kabyles, par *M. François Charveriat*; compte rendu par *M. J. Charmont*..... 520

Programme d'un cours de droit des gens pour servir à l'étude privée et aux leçons universitaires, par *M. Alphonse Rivier*; compte rendu par *M. P. Louis-Lucas*..... 524

Congrès international d'assistance tenu du 28 juillet au 4 août 1889; compte rendu par *M. Félix Herbet*..... 526

De la capacité civile de la femme mariée et de l'extension rationnelle qu'elle comporte, par *M. H. Pascaud*; compte rendu par *M. Noguères*..... 585

Du mariage civil du prêtre catholique en France. Légalité canonique et civile; doctrine et jurisprudence; la question dans le passé et dans le présent; véritable point de vue à l'heure actuelle, par *M. Horoy*; compte rendu par *M. P. Louis-Lucas*..... 587

Eléments de droit civil espagnol, par *M. Ernest Lehr*; compte rendu par *M. P. Louis-Lucas*..... 589

Eléments de droit romain à l'usage des étudiants des Facultés de droit, par *M. Gaston May*; compte rendu par *M. Bourcart*..... 668

Manuel de droit constitutionnel, par *M. Th. Aumaître*, compte rendu par *M. Testoud*..... 725

Digitized by Google

TABLE PAR NOMS D'AUTEURS

MM.		Pages.
ARNAL.....	Loi anglaise sur la faillite (du 25 août 1883) traduite par *M. Ch. Lyon-Caen*.....	510
BALLEYDIER...	Le travail des femmes et des enfants dans l'industrie. La réforme de la loi du 19 mai 1874 devant la Chambre des députés, par *M. Raoul Jay*.....	381
BONFILS.....	Examen doctrinal, jurisprudence commerciale.....	673
BOURCART....	Eléments de droit romain, par *M. Gaston May*.....	688
BRÉMOND....	Examen doctrinal, jurisprudence administrative.	161, 193
BRESSOLLES..	Les manieurs d'argent à Rome par *M. A. Deloume*....	441
CABOUAT.....	Examen critique du projet de réforme de la séparation de corps adopté par le Sénat.....	102, 206
CHARMONT...	Examen doctrinal, jurisprudence civile.....	1
—	Huit jours en Kabylie. A travers la Kabylie et les questions Kabyles, par *M. Charvériat*.....	520
CHAUSSE.....	Examen doctrinal, droit international.....	385
DESJARDINS..	Des hautes Cours politiques en France et à l'étranger et de la mise en accusation du Président de la République et des ministres. Etude de droit constitutionnel et d'histoire politique, par *M. Adolphe-Emile Lair*.	382
DESCHAMPS...	Le dol et la faute des incapables dans les contrats...	271
FAURE.....	Dictionnaire pratique des actions possessoires et du bornage, par *MM. Archambault* et *Senly*.....	446
CARDEIL.....	Examen doctrinal, jurisprudence criminelle.....	81
GAUCKLER....	Le congrès d'anthropologie criminelle de Paris.....	639
GAVET.....	La prétendue science du droit romain au moyen-âge avant Irnérius, et le nouvel ouvrage de *M. Flach*..	151
HERBET.....	Congrès international d'assistance tenu du 28 juillet au 4 août 1889.....	526
JACQUES.....	De la propriété et des servitudes rurales d'après la loi de 1791.....	492, 549, 626
LARNAUDE....	Du rapport des dettes (théorie du prélèvement dans le partage des successions, des sociétés et de la communauté entre époux), par *M. A. Deschamps*.....	158
—	Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le Code civil allemand, par *M. Raymond Saleilles*....	373
LOUIS-LUCAS..	Programme d'un cours de droit des gens pour servir à l'étude privée et aux leçons universitaires, par *M. A. Rivier*.....	524
—	Du mariage civil du prêtre catholique en France. Léga-	

Digitized by Google

Pages.

lité canonique et civile ; doctrine et jurisprudence ; la question dans le passé et dans le présent, véritable point de vue à l'heure actuelle, par *M. Horoy*..... 587

LOUIS-LUCAS.. Eléments de droit civil espagnol, par *M. Lehr*..... 589

LYON-CAEN... Examen doctrinal, jurisprudence en matière de droit maritime et de droit industriel..... 529

MASSIGLI..... Examen doctrinal, jurisprudence civile..... 449

MERLIN..... Etude sur la responsabilité civile des ministres vis-à-vis de l'Etat..... 463

MONGIN..... Etude sur la situation juridique des sociétés dénuées de personnalité..... 697

NOGUÈRES.... De la capacité civile de la femme mariée et de l'extension rationnelle qu'elle comporte, par *M. H. Pascaud*..... 585

PASCAUD..... De l'imprescriptibilité des biens des communes par rapport à leurs maires..... 429

PLANIOL..... Les principes fondamentaux du droit, par le *comte de Vareilles-Sommières*..... 76

— Examen doctrinal, jurisprudence civile..... 321

SAUZET..... Le livret obligatoire des ouvriers... 21, 216, 345, 406

TAINTURIER.. De la propriété des minutes des anciens tabellionages. 142

TESTOUD..... Examen doctrinal, jurisprudence en matière d'enregistrement..... 257

— Choix de réquisitoires prononcés à la Cour d'assises, par *M. L. Sarrut*..... 378

— Manuel de droit constitutionnel, par *M. Th. Aumaître*. 725

TORTAT..... Comment se règle le rapport à succession d'un immeuble constitué en dot conjointement ou solidairement par les père et mère à leurs enfants, lorsque cet immeuble appartenait en propre à l'un des époux ? (art. 1438 et 1544, C. civ.)..... 563

VALABRÈGUE.. De la maxime *error communis facit jus* 30

ZÉGLICKI..... Le nu-propriétaire et l'usufruitier sont-ils dans l'indivision ? *Quid* de l'usufruitier d'un ensemble de biens et du nu-propriétaire d'une partie de ces mêmes biens ? 437

Paris. — Imp. F. PICHON, 282, rue Saint-Jacques, et 24, rue Soufflot.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google